

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 48 – Numéro 1-2

Année : 2018

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/17924>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/17924>

Page vide laissée intentionnellement.

La règle de la meilleure preuve dans le procès civil

Giacomo MARCHISIO

La règle de prohibition des condamnations multiples : réflexions sur ses fondements et ses critères ainsi que sur leur application en droit économique et financier

Tiphaine DOURGES

L'analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics

Nicholas JOBIDON

Des considérations d'ordre humanitaire : les limites de la décision raisonnable dans le contexte d'application de l'article 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*

Louis GUILBAULT

Jardinage cannabique et fédéralisme : la question du partage des compétences appliquée à l'autorisation de cultiver du cannabis à domicile

Emmanuelle LÉONARD-DUFOUR

Comment critiquer le droit civil? Une proposition d'innovation méthodologique féministe

Marie-Neige LAPERRIÈRE

ISSN 0317-9656



RDU**S**

2018

Vol. 48

REVUE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

N^{os} 1-2

RDU

**REVUE DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

Volume 48 — Numéros 1 et 2



RDUS

**REVUE DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

Volume 48 – Numéros 1 et 2

Cette revue est publiée avec l'aide du
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada,
division des subventions de recherche
et de diffusion de la recherche.



**UNIVERSITÉ DE
SHERBROOKE**

POLITIQUE DE RÉDACTION

La RDUS est publiée par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Les articles sont aussi disponibles sur le site internet de la RDUS et dans les banques de données suivantes : CAIJ, LexisNexis, Westlaw, Ebsco, Soquij, Hein OnLine, CanLII et Érudit. Les articles publiés dans la RDUS sont répertoriés dans : Annuaire de jurisprudence et de doctrine du Québec, Index of Canadian Legal Periodical Literature, Index of Legal Periodicals, Repère, Index of Foreign Legal Periodicals, Current Law Index et Index à la documentation juridique au Canada / Index of Canadian Legal Literature. Les textes soumis à la RDUS font l'objet d'une double évaluation : l'équipe de rédaction de la Revue effectue d'abord une évaluation interne, puis procède à la formation d'un comité de lecture, composé de deux experts, pour les fins d'une évaluation externe. Au moment de la publication, l'auteur reçoit deux (2) exemplaires de la revue, dix (10) tirés à part et un fichier électronique correspondant à la mise en page de la version publiée. Les opinions exprimées dans cette revue n'engagent que la responsabilité des auteurs.

Directives aux auteurs

La RDUS reçoit des textes à tout moment de l'année pour la publication dans l'un des numéros annuels. Les auteurs qui soumettent des textes doivent se conformer aux directives suivantes :

1. Les textes soumis à la RDUS doivent l'être en exclusivité. Dans le cas contraire, l'auteur doit informer le directeur de la Revue dès la soumission. L'auteur recevra un contrat de cession des droits d'auteur si le texte est accepté pour publication.
2. Les textes doivent être soumis par courrier électronique, à l'attention du directeur de la RDUS, à l'adresse suivante : revue.droit@USherbrooke.ca.
3. La RDUS publie des articles en français et en anglais. Chaque article est accompagné d'un résumé bilingue rédigé par l'auteur ou l'équipe de rédaction. Le résumé compte environ 150 mots.
4. La RDUS publie généralement des articles de moins de 20 000 mots (incluant les notes infrapaginales). Les commentaires d'arrêts doivent au plus compter 10 000 mots et les recensions bibliographiques, 5 000 mots.
5. Les références et citations doivent être conformes à la plus récente édition du Guide des références pour la rédaction juridique de Didier Lluellas (Éditions Thémis).

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

2500, boul. de l'Université, Sherbrooke (Québec) J1K 2R1

Tél. : (819) 821-7508; téléc. : (819) 821-7578; courriel : revue.droit@USherbrooke.ca

Le coût de l'abonnement annuel est de soixante dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et de soixante-neuf dollars pour l'étranger. Le prix unitaire de chacun des numéros est de vingt-quatre dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et de vingt-sept dollars pour l'étranger. **Les frais de poste sont en sus.** Tout abonné doit donner avis s'il désire interrompre son abonnement. Tous les chèques doivent être faits à l'ordre de l'« Université de Sherbrooke ».

Mise en page : Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

Impression : Imprimerie HLN

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec.

Bibliothèque et Archives Canada.

© RDUS, 2020.

Tous droits réservés

ISSN 0317-9656

ISSN numérique 2561-7087

DIRECTION

Mathieu DEVINAT, directeur

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Jean-Louis BAUDOUIN
Associé, Fasken Martineau

L'honorable Nicholas KASIRER
Cour suprême du Canada

Robert P. KOURI
Professeur titulaire
Université de Sherbrooke

Lucie LAMARCHE
Professeure titulaire
Université du Québec à Montréal

Louis MARQUIS
Professeur titulaire
Université de Sherbrooke

ÉQUIPE DE RÉDACTION

Trimestre hiver 2020

Alice NIKOLOV, rédactrice en chef
Mohammadhossein BAHRAMDAYABEIGI
Amélie BOURGET
Sarah Maude JEAN
Antoine MASSIE
Émilie MORASSE
Jean-Nicolas TREMBLAY

Trimestre automne 2019

Alice NIKOLOV, rédactrice en chef
Danielle CARON
Sarah Maude JEAN
Mary-Pier LAREAU
Émilie MORASSE
Geneviève NOËL
Jean-Nicolas TREMBLAY

COMITÉ DE RÉDACTION

Stéphane BERNATCHEZ
Louise BERNIER
Suzanne COMTOIS
Mathieu DEVINAT
Édith GUILHERMONT
Sébastien LANCTÔT
Carmen LAVALLÉE
Sébastien LEBEL-GRENIER

VÉRIFICATION LINGUISTIQUE

Hélène DUMAIS

VÉRIFICATION DES RÉSUMÉS ANGLAIS

Mairtin MAC AODHA

SECRÉTAIRE

Renée PRUNEAU

Trimestre été 2019

Rosie-Michèle CÔTÉ-DENIS,
rédactrice en chef
Jordan FOURNIER
Amélie GUILLEMETTE
Roland HARFOUCHE-MARTEL
Marie-Eve LABONTÉ
Samuel LABRECQUE

Trimestre hiver 2019

Alexy DUCHARME-LALIBERTÉ,
co-rédacteur en chef
Elisabeth JOMPHE,
co-rédactrice en chef
Philippe BLANCHETTE
Stéphanie ÉMOND
Alexandre FERRARO
Frédéric PINARD
Guillaume TURCOTTE



TABLE DES MATIÈRES

La règle de la meilleure preuve dans le procès civil Giacomo MARCHISIO	1
La règle de prohibition des condamnations multiples : réflexions sur ses fondements et ses critères ainsi que sur leur application en droit économique et financier Tiphaine DOURGES	31
L'analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics Nicholas JOBIDON	91
Des considérations d'ordre humanitaire : les limites de la décision raisonnable dans le contexte d'application de l'article 25 (1) de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> Louis GUILBAULT	123
Jardinage cannabique et fédéralisme : la question du partage des compétences appliquée à l'autorisation de cultiver du cannabis à domicile Emmanuelle LÉONARD-DUFOUR	173
Comment critiquer le droit civil? Une proposition d'innovation méthodologique féministe Marie-Neige LAPERRIÈRE	197



La règle de la meilleure preuve dans le procès civil

par Giacomo MARCHISIO*

Le façonnement du droit de la preuve a été turbulent en raison de l'histoire constitutionnelle québécoise, celle-ci ayant eu le rôle ingrat de concilier les acquis de l'Acte de Québec avec la culture juridique britannique. La common law a ainsi joué un rôle important dans l'élaboration et l'interprétation des règles de preuve, qui ont souvent tiré leur origine de l'exigence qui consiste à protéger et à faciliter la tâche du jury. Or, le procès par jury dans les matières civiles connaît un déclin constant au Canada : il a été aboli au Québec en 1976. De plus, la codification de ces règles de preuve, lesquelles sont très flexibles par leur nature, a eu l'effet de les figer dans le temps, parfois dans des formules rigides mal adaptées à l'esprit même du Code civil du Québec. La règle de la meilleure preuve est un exemple éloquent de ce long processus. Afin d'aider les plaideurs, l'auteur tentera d'en décrire l'origine et la portée, dans l'espoir qu'une interprétation plus large de la règle soit mise en œuvre pour en assurer un juste degré de flexibilité dans le contexte d'un procès civil.

The shaping of the law of evidence has been far from smooth as a result of Quebec's constitutional history in which that branch of law had the thankless task of respecting both the achievements of the Quebec Act and British legal culture. The common law has thus played an important role in the development and interpretation of the rules of evidence, which very often owe their origin to the need to protect and facilitate the jury's task. However, the use of jury trials in civil matters is in steady decline in Canada, and was abolished in Quebec in 1976. Moreover, the codification of these rules of evidence, flexible by their very nature, has had the effect of freezing them in time, sometimes in rigid formulae that are ill-suited to respect the very spirit of the code. The best evidence rule is a prime example of that lengthy process. In order to assist litigants, an attempt will be made to describe the origin and scope of that rule in the hope that a broader interpretation of the rule will be applied to ensure an appropriate level of flexibility in civil trials.

* Docteur en droit civil; chargé de cours, Faculté de droit, Université McGill. L'auteur tient à adresser ses remerciements les plus sincères aux évaluateurs anonymes et au comité de rédaction de la Revue pour leurs suggestions, ainsi qu'à M. Émile Berzghal pour ses précieuses recherches.



Sommaire

I.	La mixité des sources et le droit de la preuve civile.....	6
II.	Un aperçu de la règle de la meilleure preuve	10
III.	La portée de l'article 2860 al. 1 du <i>Code civil du Québec</i>	15
IV.	La preuve de l'écrit instrumentaire et de l'écrit non instrumentaire	18
V.	Les difficultés liées à la preuve du contenu de l'écrit non instrumentaire.....	23
	Conclusion	28



Selon Sylvio Normand, le métissage juridique est le produit d'un phénomène d'acculturation pouvant s'opérer à différents degrés d'intensité. Ainsi, il existe trois formes d'acculturation en droit : par intégration (emprunt ponctuel d'une institution, promptement systématisée au sein du corpus normatif d'adoption), par assimilation (emprunt ponctuel d'une institution, entraînant une modification des notions fondamentales du système récepteur) et par hybridation (emprunt de l'institution intégré au corpus, mais mise à l'écart partielle de certaines catégories fondamentales)¹.

Le droit de la preuve civile québécois constitue un exemple flagrant d'acculturation du droit, et ce, en raison de la particularité de ses sources. Malgré un cadre normatif largement civiliste², le droit de la preuve repose également sur plusieurs catégories fondamentales de common law³. C'est un équilibre délicat, le droit de la preuve oscillant entre une forme d'acculturation par assimilation et une acculturation par hybridation. Dans le présent article, nous nous pencherons sur une règle représentative de ce phénomène d'acculturation, à savoir celle de la « meilleure preuve ». En principe, cette règle se borne à donner préséance à la preuve documentaire sur les autres moyens de preuve (à commencer par la preuve testimoniale). Elle dispose que la preuve de l'acte juridique, ou du contenu d'un écrit, se fait par la production de l'original ou d'une copie qui en tient légalement lieu. Cependant, les autres moyens de preuve sont recevables dans certaines

¹ Sylvio NORMAND, « La culture juridique et l'acculturation du droit : le Québec », (2011) 1 - Special Issue 1, *Legal Culture and Legal Transplants, ISAIDAT Law Review*, article 23.

² À l'exception des dispositions en matière de prépondérance de la preuve et d'exceptions au ouï-dire.

³ En matière de privilèges, il est surprenant de voir que la Cour suprême du Canada ne se gêne pas pour introduire en droit québécois des institutions de common law, mal adaptées au cadre normatif applicable. Parmi les exemples les plus connus, mentionnons le privilège entre journalistes et sources confidentielles, exclu à l'origine de la portée du secret professionnel prévu par la législation applicable, mais protégé par la Cour suprême grâce à l'application du test de Wigmore : voir l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (P.G.)*, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 65. Le législateur québécois, comme celui du fédéral, est par ailleurs intervenu afin de baliser ce type de privilège. Voir au Québec, la *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, RLRQ, c. P-33.1.

conditions : c'est ici que l'influence de la common law se fait grande et que la conciliation avec le droit civil se complique.

Nous voulons offrir une analyse pour clarifier la portée de la règle, afin que les complexités liées à l'acculturation de ce domaine du droit ne nuisent pas aux plaideurs. Pour ce faire, nous examinerons en premier lieu la mixité du droit québécois, afin d'expliquer l'importance accordée à la common law en matière de droit de la preuve. En deuxième lieu, nous exposerons un aperçu de la règle de la meilleure preuve en droit québécois. Nous passerons, en troisième et dernier lieu, à son application en matière de preuve d'un écrit instrumentaire et d'écrit non instrumentaire.

I. La mixité des sources et le droit de la preuve civile

Il ne fait aucun doute que le droit québécois est un droit mixte. Les historiens ont habilement décrit les passages clés de ce parcours de métissage ayant assuré la survie de la tradition civiliste malgré le changement de régime colonial⁴. Cependant, en quoi cette mixité consiste-t-elle? De manière simpliste, nous pourrions répondre comme suit : dans le caractère dualiste des sources du droit, soit la common law en matière de droit public⁵ et le droit civil en matière de droit privé⁶. Cela dit, deux nuances s'imposent.

Si, d'un côté, le droit public supplétif correspond à la common law, un auteur avisé a souligné que son interprétation et son application au

⁴ Voir généralement : Michel MORIN, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieurement à l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 », (2014) 44 *R.D.U.S.* 259; David GILLES, « L'arbitrage notarié, instrument idoine à la conciliation des traditions juridiques après la Conquête britannique ? (1760-1784) », (2011) 57-1 *R.D. McGill* 135; Arnaud DECROIX, « La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête », (2011) 56-3 *R.D. McGill* 489; André MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 52.

⁵ Michel MORIN, « Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël », (2012) 57-4 *R.D. McGill* 645, 653.

⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 92 (13). Voir aussi Adrian POPOVICI, « Aspects de l'intégration juridique au Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 777.

Québec peuvent se distancer de celles des provinces de common law⁷. De l'autre côté, le droit privé québécois a également connu de nombreux emprunts à la common law et est devenu à son tour un droit mixte⁸. Certes, l'influence du Code civil français de 1804 a été fondamentale dans la codification de 1866 et la mise en œuvre du *Code civil du Bas Canada*⁹. Toutefois, la codification de 1994 a permis l'émancipation du *Code civil du Québec* de la tradition juridique française, en amorçant une spécificité propre, tout en réaffirmant les caractéristiques typiques d'une tradition civiliste, notamment en plaçant le Code civil au cœur du corpus juridique, en tant que véritable droit supplétif de la province¹⁰. Au-delà du droit substantiel, qu'en est-il du droit processuel?

Le droit du procès civil relèverait, normalement, du droit privé, en raison de la nature des litiges réglés. Si l'on suivait la courte description du paragraphe précédent, nous devrions alors conclure que ce domaine du droit n'a connu que des emprunts limités à la common law et qu'il a puisé une grande partie de ses sources dans le droit civil. Cela n'a pas été le cas, ce qui a fait du droit processuel un domaine qui a subi profondément l'influence de la tradition de common law. André Morel est catégorique sur ce point : « le législateur et les praticiens se sont comportés comme si l'Acte de Québec n'avait pas remis en vigueur dans la province ce véritable code

⁷ Daniel JUTRAS, « Regards sur la common law au Québec : perspectives et cadrages », (2008) 10 *R.C.L.F.* 311, 314.

⁸ Nous laisserons ici de côté, faute de temps, les raisons de ce métissage, liées à l'introduction de règles importées de la common law dans le *Code civil du Bas Canada*, ainsi qu'aux pratiques des tribunaux, à commencer par la Cour suprême et ses tentatives d'uniformisation du droit canadien durant la seconde moitié du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle. Voir : Pierre-Gabriel JOBIN, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », (1992) 2 *R.I.D.C.* 381, 390-391; Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47-2 *C. de D.* 179, 182-186. Voir généralement Patrick GLENN, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada », dans Ernest CAPARROS *et al.*, *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 200.

⁹ Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *R.D. McGill* 223, 226.

¹⁰ Voir Patrick GLENN, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339, 349.

de procédure civile qu'était l'Ordonnance française de 1667¹¹ ». Ces propos, qui peuvent paraître sévères, font l'unanimité dans la doctrine, celle-ci ayant constaté à maintes reprises que le droit processuel québécois a subi fortement l'influence, depuis la Conquête, de la tradition britannique et de la common law¹². Ainsi, graduellement, les réformes de 1866, de 1897 et de 1965 auraient amené le législateur à adopter un modèle contradictoire calqué sur le procès civil anglais¹³. Cette tendance, nous semble-t-il, n'a pas été entièrement abandonnée par le *Code de procédure civile* de 2016 : la portée de la communication des moyens de preuve avant l'instance¹⁴, l'interrogatoire préalable¹⁵ ou bien encore l'interrogatoire direct des témoins par les parties¹⁶ témoignent de l'importance persistante de la tradition de common law. Certes, le *Code de procédure civile* de 2016 s'est également démarqué en soulignant manifestement le caractère dominant de la tradition civiliste dans le procès civil, mais c'était dans le but de favoriser une acculturation par intégration¹⁷.

¹¹ André MOREL, « La langue et l'acculturation juridique au Québec depuis 1760 », (1990) 24 *R.J.T.* 99, 107.

¹² Pour une étude ponctuelle sur l'exemple fourni par le *Code de procédure civile* de 1867 (premier du genre), voir : Jean-Maurice BRISSON, *L'apport du premier Code de procédure civile au regard de ses sources*, Montréal, mémoire de maîtrise (U. de M.), 1983; Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986.

¹³ Daniel JUTRAS, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 274, 276-277. Par ailleurs, le procès par jury n'a été aboli qu'en 1976 : Yves-Marie MORISSETTE, « L'influence du droit français sur le droit de la preuve au Québec », dans Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 426-428. Voir Sylvio NORMAND, « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique (1840-1965) », (1999) 40-1 *C. de D.* 13, 30.

¹⁴ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 221 (ci-après « C.p.c. »).

¹⁵ C.p.c., art. 246.

¹⁶ C.p.c., art. 280.

¹⁷ Voir le 3^e alinéa de la disposition préliminaire du *Code de procédure civile* : « [L]e Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi et, dans les matières qui font l'objet de ses dispositions, il supplée au silence des autres lois si le contexte le permet. » Voir également Catherine PICHÉ, « La disposition préliminaire du Code de procédure civile », (2014) 73 *R. du B.* 137, 175.

Au-delà des repères normatifs, il y a également lieu de mentionner, en matière de spécificité du droit processuel québécois, le style discursif des jugements, les opinions dissidentes, la conception du rôle traditionnel des juges en tant qu'arbitres passifs (juges par ailleurs issus du Barreau)¹⁸. Ces données, ainsi que le caractère oral de la procédure, rapprochent davantage ce dernier de la tradition de common law¹⁹. Cela est d'autant plus vrai si l'on considère que le rapport Ferland de 2001²⁰, ayant servi de pierre angulaire à la réforme de 2003 et de 2016, a repris, sur plusieurs points, les réformes Woolf de 1998 en Angleterre (pensons notamment au principe de proportionnalité et aux différentes mesures de gestion de l'instance) et l'intervention accrue du juge en matière d'administration de la preuve²¹. Qu'en est-il du droit de la preuve?

La réponse se révèle complexe. Ce domaine du droit rassemble en effet des règles relevant du Code civil et un grand nombre de dispositions contenues dans le *Code de procédure civile*. Reprenant la distinction mentionnée par Léo Ducharme, nous discernons deux catégories de normes probatoires²² : les règles de fond, qui concernent par exemple le fardeau et le degré de la preuve, ainsi que la régulation des moyens de preuve; et les règles sur l'administration de la preuve, qui portent par exemple sur la divulgation des moyens de preuve, les interrogatoires préalables et l'audition des témoins. D'emblée, la dualité entre normes substantielles et normes

¹⁸ D. JUTRAS, préc., note 13, 286.

¹⁹ Voir toutefois les propos optimistes de Sédjro Axel-Luc HOUNTOHOTÉGBÈ, « De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise », (2015) 60-2 *R.D. McGill* 215, 247-250 : l'auteur souligne, en ce qui concerne la technique législative, l'importance de la disposition préliminaire du nouveau *Code de procédure civile*, en tentant d'harmoniser le droit processuel québécois avec la tradition civiliste.

²⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *La révision de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire, Rapport du Comité de révision de la procédure civile*, Québec, Les Publications du Québec, 2001, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs43285>> (ci-après « rapport Ferland »).

²¹ Frédéric BACHAND, « Les principes généraux de la justice civile », (2015) 61-2 *R.D. McGill* 447, 458.

²² Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 10 : « Les règles de fond regroupent les règles relatives à l'objet de la preuve, à la charge de la preuve, à la nature, à la force probante et à la recevabilité des procédés de preuve. »

processuelles soulève des questionnements. D'un côté, il faudrait s'attendre à un degré de métissage moins important pour la première catégorie, et à un degré accru pour la seconde. La règle de la meilleure preuve ne semble pas confirmer cette hypothèse. Au contraire, elle nous mène plutôt à conclure que certaines règles de fond connaissent une analyse et une catégorisation très teintées par la common law. C'est pour cela qu'un auteur avisé a parlé de « développement anarchique », « au gré des modifications et des agrégations des différents modèles juridiques » du droit de la preuve²³. Regardons maintenant de plus près la règle de la meilleure preuve.

II. Un aperçu de la règle de la meilleure preuve

Selon Simon Greenleaf, grand auteur américain du XIX^e siècle, à qui la Cour d'appel du Québec se réfère déjà en 1917 pour expliquer la portée de la règle de la meilleure preuve²⁴, une partie doit produire la meilleure preuve que la cause, selon sa nature, permet d'offrir. Adroitement, Greenleaf souligne que cela se limite clairement aux éléments de preuve en possession d'une partie²⁵ : en matière de preuve d'un écrit, offrir une preuve testimoniale (preuve secondaire) alors que l'on dispose de l'écrit (preuve primaire) semble être un stratagème pour omettre de l'information qui pourrait nuire à la cause. D'entrée de jeu, la preuve secondaire devrait être exclue.

²³ David GILLES, *Essais d'histoire du droit. De la Nouvelle-France à la province de Québec*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 371.

²⁴ *Weiss v. Silverman, and Zudick and others, mis en cause*, 1917 CanLII 355, par. 39 (QC C.A.).

²⁵ Simon GREENLEAF, *A Treatise on the Law of Evidence*, 3^e éd., t. 1, Londres, Maxwell & Son, 1846, p. 157 : « [The best evidence] rule does not demand the greatest amount of evidence, which can possibly be given of any fact; but its design is to prevent the introduction of any, which, from the nature of the case, supposes that better evidence is in possession of the party. It is adopted for the prevention of fraud; for when it is apparent that better evidence is withheld, it is fair to presume that the party had some sinister motive for not producing it, and that, if offered, his design would be frustrated. »

En droit québécois, l'article 2860 al. 1 C.c.Q. dispose ceci : « L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui en tienne légalement lieu. » Mentionnons de prime abord que ce n'est pas une disposition d'ordre public; elle ne peut donc être soulevée d'office par le juge en l'absence d'objection de la partie intéressée²⁶.

Cette disposition est présentée par le législateur et la doctrine comme expression de la règle de la meilleure preuve²⁷. Ainsi, Jean-Claude Royer écrit dans son traité que l'article 2860 C.c.Q. reproduit la règle de common law de la meilleure preuve (*best evidence rule*), règle ayant pour objet de « prévenir la fraude et le parjure et d'assurer une plus grande certitude de la véracité d'un fait qu'une partie désire établir²⁸ ».

²⁶ *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 2859 (ci-après « C.c.Q. »). Voir aussi : *Lemay c. Orford*, 2013 QCCA 198, par. 13; *Renière c. 9176-4332 Québec inc.*, 2015 QCCA 206, par. 5 : « L'appelant invoque maintenant la règle de la meilleure preuve et prétend qu'au nom de ce principe la juge aurait dû écarter les éléments de preuve sur lesquels elle appuie sa conclusion. La tardiveté avec laquelle l'argument est soulevé suffit à lui être fatale. Il est évidemment trop tard en appel pour soulever un argument de cet ordre; l'eût-il [sic] été au moment opportun, tout indique que les intimés auraient pu établir avec un original une quittance dont l'existence était par ailleurs amplement démontrée par une preuve testimoniale prépondérante. Il n'appartenait pas à la juge de suppléer d'office au défaut de l'appelant de soulever cette règle (qui n'est pas d'ordre public : art. 2859 C.c.Q.) et en omettant de l'invoquer, l'appelant renonçait à son application. »

²⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, 3 tomes, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 2860 : « Le premier alinéa de cet article reprend la règle antérieure de la meilleure preuve, en la modifiant pour tenir compte de l'interprétation restrictive qu'ont donné les tribunaux de l'article 1204 C.C.B.C. En effet, malgré la généralité des termes de cet article, les tribunaux ont retenu qu'il avait essentiellement pour objet d'accorder priorité à la preuve écrite sur tout autre procédé de preuve, lorsqu'il s'agissait de prouver un acte juridique constaté dans un écrit. Par ailleurs, le nouveau code, tout comme le droit antérieur, accorde à une copie la même valeur qu'à l'original dans les cas prévus par la loi, comme dans la section consacrée à la reproduction de document pour fin de conservation de la preuve. »

²⁸ Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, n^{os} 425 et 434.

Cette interprétation s'appuie sur la formulation de l'article 1204 C.c.B.C. (« la preuve offerte doit être la meilleure »)²⁹, que l'article 2860 C.c.Q. a voulu remplacer, ainsi que sur la jurisprudence en vertu de l'ancien code, qui subissait l'influence des précédents anglais circulant au Québec jusqu'à l'abolition de l'appel au Conseil privé³⁰. Cette situation a amené les tribunaux à appliquer « indifféremment les règles britanniques, et notamment la règle de la meilleure preuve, aux affaires civiles et commerciales³¹ », processus facilité par l'article 1206, al. 2 C.c.B.C. disposant que le droit anglais revêtait un caractère supplétif en matière de preuve dans les affaires commerciales³².

À l'origine, en common law, la règle de la meilleure preuve était définie comme une règle d'exclusion, imposant au plaideur de produire la meilleure preuve dont il dispose, soit, dans le cas d'un écrit, de l'original³³.

²⁹ *Code civil du Bas Canada*, art. 1204 (ci-après « C.c.B.C. ») : « La preuve offerte doit être la meilleure dont le cas, par sa nature, soit susceptible. Une preuve secondaire ou inférieure ne peut être reçue, à moins qu'au préalable il n'apparaisse que la preuve originaire ou la meilleure ne peut être fournie. » Voir Léo DUCHARME, « La règle de la meilleure preuve », (1962) 5-1 *C. de D.* 25, 27, qui voit l'origine de la règle dans l'ordonnance de Carleton de 1777, qui substitue en matière commerciale les règles en vigueur sous le régime français par les lois d'Angleterre et qui souligne l'interprétation extensive donnée par la jurisprudence afin d'élargir son champ d'application aux affaires civiles.

³⁰ DIRECTION DES SERVICES LÉGISLATIFS, *La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, p. 11-12.

³¹ D. GILLES, préc., note 23, p. 401.

³² C.c.B.C., art. 1206 : « Les règles contenues dans ce chapitre s'appliquent aux matières commerciales comme aux autres, à moins qu'elles ne soient restreintes expressément ou par leur nature. En l'absence de dispositions dans ce Code quant à la preuve de matières commerciales, on doit avoir recours aux règles sur la preuve prescrites par les lois d'Angleterre. »

³³ Kenneth BROWN *et al.*, *McCormick on Evidence*, 6^e éd., St. Paul, West Publishing, 2006, p. 404; Thomas P. GALLANIS, « La preuve en common law : Wigmore aujourd'hui », (1996) 23 *Droits* 79, 84 : « [Wigmore] met au crédit de [Geoffrey] Gilbert l'établissement de la règle de la meilleure preuve possible (*best evidence rule*). Cette doctrine, reposant sur la philosophie de Locke, exigeait que les plaideurs adoptent la preuve dotée de la plus grande valeur probante possible; rien de moins ne pourrait valoir preuve. Comme le dit Gilbert : “la première, et la plus insigne des règles relatives à la preuve, est qu'un homme doit apporter la meilleure

La règle visait également l'exclusion de la preuve par ouï-dire³⁴. De nos jours, toutefois, cette règle n'est plus conçue comme une règle d'exclusion³⁵ : la meilleure preuve bénéficiera tout simplement d'une plus grande force probante par rapport à une preuve inférieure (en l'occurrence, une preuve secondaire)³⁶. À remarquer que cette conclusion a été acceptée également en droit anglais. Dans l'affaire *Masquerade Music Ltd. & Ors v. Springsteen*, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles s'est prononcée ainsi³⁷ :

Le temps est venu d'affirmer avec confiance que la règle de la meilleure preuve, pendant longtemps entre la vie et la mort, n'est plus de ce monde. Lorsqu'une partie souhaite offrir une preuve secondaire du contenu d'un écrit, c'est au tribunal de décider, à la lumière des circonstances de l'espèce, quelle force probante on devrait y accorder [...] Par conséquent, l'admissibilité d'une preuve secondaire du contenu d'un écrit dépend entièrement [...] de sa valeur probante. (Traduction de l'auteur)

De plus, les auteurs s'entendent sur le fait que la règle de la meilleure preuve en common law était davantage l'expression d'une préférence

³⁴ preuve dont la nature des faits est susceptible". Gilbert utilise cette règle comme un principe organisateur sous lequel sont sublimées les autres règles de preuve. » L. DUCHARME, préc., note 29, 32; *contra* : *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501. Voir toutefois Th. P. GALLANIS, préc., note 33, 84, expliquant que la règle de la meilleure preuve avait été utilisée tout au long du XVIII^e siècle, comme un principe organisateur du droit de la preuve.

³⁵ *Garton v. Hunter*, [1969] 1 All E.R. 451.

³⁶ *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 1999 CanLII 7756, par. 9 (C.F.) : « Today, the best evidence rule deals primarily with the weight to be given to evidence, not with exclusion, or with production of a document at any particular time. » Voir aussi l'affaire *Masquerade Music Ltd. & Ors v. Springsteen*, [2001] EWCA Civ 513, par. 77 (ci-après « affaire *Masquerade Music* ») : « [B]y the mid-nineteenth century, if not earlier, the so-called "best evidence rule" was recognised by the courts as no more than a rule of practice to the effect that the court would attach no weight to secondary evidence of the contents of a document unless the party seeking to adduce such evidence had first accounted to the satisfaction of the court for the nonproduction of the document itself. »

³⁷ *Masquerade Music*, préc., note 36, par. 85.

envers la preuve documentaire d'un écrit, plus fiable, qu'un autre moyen de preuve³⁸.

Si la formulation proposée dans l'affaire *Masquerade Music* manque de rigueur, car elle semble faire dépendre l'admissibilité de la preuve de sa force probante, alors qu'il est question de deux concepts distincts, elle a l'avantage de montrer que la preuve secondaire de l'écrit n'est pas en soi inadmissible et que le plaideur ne doit pas faire la preuve de l'impossibilité de produire l'original. En d'autres mots, la partie qui veut offrir une preuve secondaire le fait à ses risques et périls : si d'autres éléments de preuve offerts par son adversaire ou d'autres preuves au dossier devaient indiquer qu'elle dispose d'un original, le tribunal pourra décider, sur le constat implicite de la mauvaise foi du plaideur, de n'accorder aucun poids à la preuve secondaire.

Pour revenir au droit québécois, si nous nous tournons vers la doctrine en matière de droit des obligations, il est aisé de remarquer que l'article 2860 C.c.Q. est à rapprocher de l'article 2862 C.c.Q.³⁹, qui prévoit que « la preuve d'un acte juridique ne peut, entre les parties, se faire par témoignage lorsque la valeur du litige excède 1 500 \$ ». Autrement dit, si la forme pour conclure un contrat est en principe libre, la forme écrite peut s'imposer néanmoins pour en faire la preuve. Sur ce point, le Code civil reprend en effet une distinction classique en droit civil entre l'écrit *ad validitatem* (requis pour la validité de l'acte) et l'écrit *ad probationem* (nécessaire pour en faire la preuve dans le procès). D'autres dispositions viennent compléter celle qui, sans conteste, est la manifestation d'une préférence pour la preuve documentaire⁴⁰. Citons notamment l'article 2863 C.c.Q. qui dispose que

³⁸ K. BROUN *et al.*, préc., note 33, p. 404.

³⁹ Pierre Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 374.

⁴⁰ Voir, en ce qui concerne le droit français, Michel GONDINET, *La preuve par témoins en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, Poitiers, Faculté de droit de Poitiers, 1876, p. 85 : « [L]'ordonnance de 1566] renversa fort heureusement le principe : *témoins passent lettres*, pour lui substituer la règle contraire : *lettres passent témoins*. L'ordonnance de 1667 reproduisit presque textuellement les dispositions de celle de Moulins, ou plutôt renchérit encore sur elle [...] Quelque modique que soit la valeur de l'objet en litige, dès qu'un écrit est produit, le témoignage doit se taire. » Cette préférence pour l'écrit est d'ailleurs partagée

« [l]es parties à un acte juridique constaté par un écrit ne peuvent, par témoignage, le contredire ou en changer les termes, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve ». Regardons maintenant de plus près la portée de l'article 2860 al. 1 C.c.Q.

III. La portée de l'article 2860 al. 1 du *Code civil du Québec*

Commençons par une observation fort simple : l'article 2860 C.c.Q. est un corollaire de l'article 2862 C.c.Q. Si ce dernier impose un véritable moyen d'irrecevabilité de la preuve par témoins⁴¹, en vue de hiérarchiser les moyens de preuve, l'article 2860 C.c.Q. ne fait qu'affirmer l'évidence : l'écrit est un moyen de preuve, et n'est admissible que s'il fournit certaines garanties quant à l'intégrité de l'élément de preuve. L'original procure certainement cette intégrité. Toutefois, la copie qui en tient lieu (c'est-à-dire celle qui est certifiée conforme au sens de l'article 2841 C.c.Q.)⁴² et l'extrait de l'acte authentique sont également en mesure d'assurer l'intégrité⁴³. Exceptionnellement, en l'absence de l'original (ou d'une copie qui en tient lieu), parce que l'écrit a été perdu ou détruit, malgré la bonne foi et diligence de la partie⁴⁴, la preuve peut être faite par les autres moyens prévus par le Code civil. Il en est de même quand l'écrit n'a jamais existé si, pour une raison valable, la partie n'a pas été en mesure de se ménager une preuve écrite⁴⁵. Notons au passage que, si ces exceptions ont été présentées comme la codification de règles élaborées par la common law⁴⁶, l'ancien article

à certains égards avec la tradition de common law. Voir D. GILLES, préc., note 23, p. 399.

⁴¹ La preuve testimoniale est admissible lorsque la valeur du contrat n'excède 1 500 \$. Voir C.c.Q., art. 2862 al. 1.

⁴² Cela inclut la copie du document technologique : C.c.Q., art. 2841 al. 2.

⁴³ Pour une application des règles concernant les exigences d'une copie certifiée, voir l'affaire *Gestion Immo-Concept inc. (Financière HFC) c. Caron*, 2015 QCCQ 3874, par. 35-41.

⁴⁴ C.c.Q., art. 2860 al. 2. Voir, sur ce point, l'affaire *Syndic de Gestion Frédéric Prévost inc.*, 2019 QCCS 3677, par. 13 : une ordonnance déclarant une partie forclosée de produire une preuve écrite en raison de son manque de diligence et de ses stratégies dilatoires, empêche cette dernière d'invoquer l'exception prévue à l'article 2860 al. 2 C.c.Q.

⁴⁵ C.c.Q., art. 2861. Voir *Lefrançois c. Lefebvre*, 2014 QCCS 41, par. 22.

⁴⁶ C. PICHE, préc., note 28, n° 444.

1348 al. 1 du Code civil français et l'article 2724 du Code civil italien contiennent des exceptions similaires⁴⁷. Ainsi, la thèse de la généalogie issue de la common law ne semble pas entièrement exacte, ce qui nous permet de préciser que ces exceptions devraient bénéficier d'une interprétation large et évolutive, propre au rôle central du Code civil⁴⁸. Cependant, notre position ne fait pas l'unanimité⁴⁹.

À la lumière de ces considérations, l'emploi de l'adjectif « meilleure », pour décrire la nature de la preuve requise par l'article 2860 C.c.Q. soulève des questionnements : la disposition considère désormais comme équivalents l'original, la copie qui en tient lieu⁵⁰ et, pour les actes authentiques, l'extrait⁵¹. Cela est d'autant plus vrai si nous tenons compte des

⁴⁷ L'article 1348 al. 1 du Code civil français se lisait comme suit (l'italique est de nous) : « Les règles [concernant l'inadmissibilité de la preuve testimoniale] reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, *ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.* » La réforme du droit des obligations de 2016 a remplacé la disposition avec l'article 1360 (l'italique est de nous) : « Les règles [concernant la preuve de l'acte juridique] reçoivent *exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure.* » Voir aussi l'article 2724 du Code civil italien (l'italique est de nous) : « La preuve testimoniale [de l'écrit] est admissible si : 1) il y a commencement de preuve [...]; 2) *la partie était dans l'impossibilité morale ou matérielle de se ménager une preuve écrite*; 3) *la partie a perdu la preuve écrite, et la perte de l'écrit ne peut être lui être reprochée.* »

⁴⁸ Cela découle dans tous les cas de la disposition préliminaire du Code civil : « Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet des dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. » Cette disposition énonce que le Code civil se suffit à lui-même, ce qui exclut que l'interprète ait besoin de s'appuyer sur des dispositions et des sources autres que ce dernier. Voir également Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, n^{os} 103 et 1040.

⁴⁹ C. PICHÉ, préc., note 28, n^o 424 : « pour déterminer le fondement, le sens, l'étendue et les exceptions de cette limitation à la preuve », le droit anglais aurait un rôle supplétif.

⁵⁰ C.c.Q., art. 2860 al. 1 : « une copie qui légalement en tient lieu ».

⁵¹ C.c.Q., art. 2820.

dispositions concernant la reproduction de documents technologiques où « tout est original ou tout est copie⁵² ». Sans vouloir nous attarder sur cet élément, nous tenons à mentionner que le régime applicable à ces documents est contenu dans le Code civil, ainsi que dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁵³, où la neutralité technologique est la principale assise : l'écrit demeure un écrit, quel que soit le support du document⁵⁴. Cependant, si le support fait appel aux technologies de l'information, le principe de neutralité ne s'appliquera que si l'intégrité de l'écrit informatique est assurée⁵⁵. L'intégrité est présumée : la partie adverse peut toutefois prouver l'inverse par prépondérance de preuve⁵⁶. De plus, les dispositions en matière de copie et de reproduction réitèrent que la

⁵² Vincent GAUTRAIS, « Preuve », (2014) 4 *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 301, 303.

⁵³ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1. Voir généralement sur le régime applicable à la preuve technologique : Léo DUCHARME, « De l'incohérence et de l'impossibilité d'application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *R. du B.* 321.

⁵⁴ C.c.Q., art. 2837 al. 1.

⁵⁵ C.c.Q., art. 2838.

⁵⁶ C.c.Q., art. 2840. Voir, sur ce point, les propos critiques de L. DUCHARME, préc., note 53, par. 15 : « Ce qui est inconcevable, [...] c'est que la loi, au lieu de mettre à la charge de celui qui invoque un document technologique de prouver qu'il n'a pas été altéré, présume, au contraire, qu'il ne l'a pas été et impose à celui à qui un tel document est opposé, de prouver, par prépondérance de preuve, qu'il a été altéré. De plus, ce qui est encore plus inconcevable, c'est que l'article 2840 C.c.Q. prévoit qu'une fois qu'il aura été établi par prépondérance de preuve qu'il y a eu atteinte à l'intégrité d'un document technologique, celui qui l'invoque pourra démontrer qu'il était inaltérable. C'est méconnaître que l'établissement d'un fait par prépondérance de preuve présuppose qu'un jugement a été rendu à ce sujet à la suite d'un débat contradictoire. » Par ailleurs, la Cour d'appel du Québec a offert une interprétation plus nuancée : il n'y aurait pas un véritable principe de présomption de la fiabilité. En effet, il s'agirait plutôt d'une présomption d'intégrité technologique : les métadonnées d'un document technologique fournissent une documentation inhérente relative à l'auteur, la date de confection ou la présence de modifications, ce qui mène le législateur à dispenser la partie intéressée de faire une preuve distincte de l'intégrité dudit document. Si, par ailleurs, une preuve *prima facie* était en mesure de renverser cette présomption, ou encore en l'absence de métadonnées, la partie souhaitant produire le document se verrait contrainte de fournir une preuve distincte sur l'intégrité du document. Voir *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 99 et 101.

copie tient lieu d'original si elle est certifiée, tandis que la reproduction d'un document technologique tient légalement lieu d'original si elle est documentée⁵⁷. Voilà qui diminue grandement l'importance conceptuelle et pratique de l'original de l'écrit en matière de preuve.

D'un point de vue théorique, l'article 2862 C.c.Q. figure par conséquent comme principale disposition du chapitre où il apparaît, ce dernier étant consacré avant tout aux cas d'ouverture de la preuve testimoniale. L'article 2860 C.c.Q., qui vient en second lieu, est bancal dans son premier alinéa : celui-ci énonce que l'écrit est un moyen de preuve, mais il est interdit de prouver un moyen de preuve par un autre moyen de preuve⁵⁸. C'est dans ce sens que l'adjectif « meilleure » mérite d'être conservé : si le choix existe entre la preuve documentaire et la preuve testimoniale, la première a préséance, car elle s'avère plus fiable que la seconde. En d'autres mots, on devrait peut-être parler de « règle des meilleurs moyens de preuve » plutôt que de « règle de la meilleure preuve ».

En conclusion, la copie ou l'extrait qui tiennent lieu d'original ne sont aucunement inférieurs ou secondaires par rapport à l'original de l'écrit. Le droit ici suit le bon sens : la preuve documentaire peut être faite non seulement à travers l'original, mais aussi avec d'autres éléments de preuve reproduisant ou relatant l'écrit quand ils sont fiables en raison de leur intégrité.

IV. La preuve de l'écrit instrumentaire et de l'écrit non instrumentaire

Reprenons la lettre de l'article 2860 al. 1 C.c.Q. : « L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui en tient légalement lieu. » L'application de la disposition se révèle simple quand il est question de prouver un

⁵⁷ C.c.Q., art. 2841.

⁵⁸ Une exception à ce principe se trouve en matière d'éléments matériels de preuve, dans la mesure où la partie doit en établir l'authenticité par une preuve distincte (C.c.Q., art. 2855); toutefois, il ne s'agit pas d'en prouver le contenu mais l'authenticité.

acte juridique. On ne parle pas d'offrir une preuve meilleure qu'une autre⁵⁹ : on exprime tout simplement la primauté de l'écrit sur le témoignage⁶⁰. Le même principe se trouve à l'article 2862 al. 1 C.c.Q. qui, compte tenu de son champ d'application, réduit de manière draconienne la place du témoignage pour prouver un acte juridique.

Notons que l'écrit est le premier moyen de preuve réglementé par le législateur dans le Code civil, ce qui ne peut passer pour un hasard, et qu'au sein de ce moyen s'impose également une hiérarchie basée sur la force probante de chaque type d'écrit. Ainsi, au sommet apparaît l'acte authentique, suivi par l'acte semi-authentique et celui qui est sous seing privé. En tout dernier figure la catégorie résiduelle « des autres écrits ». Les problèmes surgissent principalement quand il est question de prouver le contenu d'un de ces « autres écrits », à savoir un fait qui y est constaté. En principe, la preuve du fait est libre, à moins que ce dernier ne soit constaté dans un écrit, et c'est alors à la partie qui souhaite soulever l'objection de prouver que c'est bien le cas⁶¹. Bien entendu, quand le fait est constaté dans un acte authentique ou semi-authentique, il est logique de lui accorder préséance sur un témoignage. La situation devient moins claire lorsqu'il faut déterminer la raison pour laquelle la même préséance devrait être accordée à un fait constaté dans un écrit visé par la catégorie « des autres écrits ». Cette dernière est composée de trois types d'écrits. Ceux-ci sont définis par la doctrine et la jurisprudence comme des écrits non instrumentaires, par opposition aux écrits instrumentaires (ceux qui constatent un acte juridique)⁶².

⁵⁹ Par exemple, le témoignage peut être la meilleure preuve, quand l'acte juridique consigné dans un écrit est ambigu ou contient des lacunes. Voir, sur ce point, l'article 2864 C.c.Q.

⁶⁰ *Pourslo International Development Inc. c. Saint-Amour*, 2016 QCCS 611, par. 43 : dans cette cause, la demanderesse essayait de prouver l'existence d'un contrat de financement qu'elle aurait obtenu d'une société new-yorkaise en s'appuyant sur un témoignage, en violation manifeste de l'article 2862 C.c.Q.; le tribunal accueillait l'objection basée sur la règle de la meilleure preuve.

⁶¹ *Agropur coopérative c. Cegerco Constructeur Inc.*, 2005 CanLII 32078 (QC C.S.) (ci-après « affaire Agropur »), par. 110 : « le plaideur qui soulève une objection à la preuve pour ce motif doit donc démontrer qu'un écrit existe ».

⁶² C. PICHE, préc., note 28, n^{os} 438 et 439. Voir aussi l'affaire *Agropur*, préc., note 61, par. 109 : « Puisque l'article 2860 C.c.Q. traite de "l'acte juridique constaté dans un écrit où le contenu d'un écrit", la règle de la meilleure preuve s'applique

Pour obtenir une réponse précise, il faut se tourner vers le livre 7 du Code civil, au titre 2 (« Des moyens de preuve »), plus exactement au chapitre 1 (« L'écrit »), à la section V (« Des autres écrits »). Excluons tout de suite de notre analyse l'article 2831 C.c.Q., au sens duquel l'écrit constatant un acte juridique fait preuve de son contenu même s'il n'est pas signé, pourvu qu'il soit habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise. Cette disposition n'opère que comme exception à l'article 2826 C.c.Q., qui dispose que l'acte sous seing privé qui constate un acte juridique ne fait preuve que s'il est signé par les parties, à moins qu'il n'y ait de contestation de la part de la partie qui paraît l'avoir signé et qui se voit opposer cet acte⁶³. Ainsi, nous serions bel et bien aux prises ici avec un écrit instrumentaire.

Nous disions donc qu'il y a trois types d'écrits non instrumentaires :

- 1) les papiers domestiques, qui énoncent un paiement reçu ou qui constatent l'existence d'une obligation en faveur d'un tiers même en l'absence d'un autre titre⁶⁴;
- 2) la mention libératoire, qui est apposée par le créancier sur le titre ou une copie de celui-ci⁶⁵; et
- 3) l'acte ni authentique ni semi-authentique, qui rapporte un fait.

autant à l'écrit instrumentaire, tel un contrat, qu'à l'écrit non instrumentaire, tel un registre ou autre papier privé. » Voir aussi L. DUCHARME, préc., note 22, par. 153 : « Dans le Code civil du Bas Canada, les règles de preuve concernant l'écrit reposaient sur la distinction entre les écrits instrumentaires et les écrits non instrumentaires. Il est de l'essence d'un écrit instrumentaire d'avoir été rédigé en vue de constater certains faits et plus particulièrement un acte juridique. Tout autre écrit constitue un écrit non instrumentaire. »

⁶³ C.c.Q., art. 2828 al. 2. Il y a lieu d'ailleurs de se questionner à savoir si la disposition n'aurait, 7^e éd., p. 154.] pas dû être incluse dans la section IV (« Des actes sous seing privé ») du chapitre I (« De l'écrit »).

⁶⁴ C.c.Q., art. 2833.

⁶⁵ C.c.Q., art. 2834; *contra* : L. DUCHARME, préc., note 22, par. 433, selon qui l'article 2832 C.c.Q. introduit un régime général, auquel on déroge par les règles particulières concernant les papiers domestiques et les mentions libératoires. Voir aussi C. PICHÉ, préc., note 28, n° 392.

Remarquons premièrement que les papiers domestiques et la mention libératoire ne font preuve que contre leur auteur et que, si l'écrit n'est pas signé, la preuve doit être faite qu'il émane de celui qui prétend en être l'auteur⁶⁶. Cela peut poser problème, dans la mesure où, souvent, l'auteur sera également en possession de l'écrit. Exceptionnellement, l'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait peut être admis à titre de témoignage en faveur de l'auteur⁶⁷, selon les règles prévues au chapitre III (« De certaines déclarations ») qui réglementent les exceptions au ouï-dire (en l'occurrence l'article 2872 al. 1 C.c.Q., renvoyant à l'article 2860 C.c.Q.)⁶⁸. Il peut également être admis à titre d'aveu contre son auteur.

La jurisprudence ne semble pas être toujours rigoureuse quant à la terminologie employée⁶⁹. En raison de l'ancien article 1277 C.c.B.C., l'article 2832 C.c.Q. (se référant à l'écrit ni authentique ni semi-authentique) est parfois interprété comme catégorie générale de « papiers domestiques ». Cela ne devrait pas être le cas : les papiers domestiques sont exclusivement ceux qui sont prévus dans l'article 2833 C.c.Q. et ils font preuve automatiquement et uniquement contre leur auteur. L'article 2832 C.c.Q., quant à lui, prévoit que l'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait *peut* faire preuve contre l'auteur à titre d'aveu extrajudiciaire ou à titre de témoignage en faveur de l'auteur.

Enfin, en ce qui concerne les papiers domestiques et la mention libératoire, la seule règle qui s'applique pour établir la recevabilité est celle qui est prévue par l'article 2860 C.c.Q. : la production de l'original ou de la copie qui en tient lieu. Une fois encore, l'article 2860 al. 2 C.c.Q. admettra

⁶⁶ C.c.Q., art. 2835.

⁶⁷ C.c.Q., art. 2832.

⁶⁸ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, 2011 QCCS 6734, par. 173 et 175 : « La déclaration qui a été faite par écrit doit être prouvée par la production de l'écrit (art. 2872 C.c.Q.), c'est-à-dire par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu (art. 2860 al. 1 C.c.Q.) [...] Le document [déposé] est incomplet : la télécopie indique que le service de police de Maui a envoyé un document de seize pages aux Demandeurs alors que ceux-ci n'en produisent que neuf. »

⁶⁹ *Strina c. Syndicat des copropriétaires des Berges de l'Anse III*, 2017 QCCS 645, par. 119 et 120 : « Un procès-verbal d'assemblée est un papier domestique [...] cet écrit est considéré comme équivalent à un témoignage sur l'existence ou non des faits qu'il rapporte, sans toutefois faire preuve de leur véracité. »

la preuve testimoniale seulement si l'écrit a été perdu ou détruit malgré la bonne foi et la diligence de la partie. De plus, ces écrits peuvent être contredits par tous moyens⁷⁰.

Qu'en est-il alors si le fait est constaté également dans un de ces écrits ? Dans bien des cas, le fait a une existence autonome. Citons, à titre d'exemple, l'existence d'une réunion d'un conseil d'administration et imaginons qu'une des parties doive en faire la preuve. Devrions-nous conclure que la preuve de la réunion (et non de son contenu) doit être faite par la production de l'original du procès-verbal dressé pour l'occasion, la preuve testimoniale étant inadmissible en raison de sa nature secondaire ? Si le témoin a eu personnellement connaissance de l'existence de la réunion, il serait impossible de s'opposer à l'admission de ce type de preuve. Si, en revanche, une partie souhaite faire la preuve du fait rapporté dans l'écrit (par exemple, des sujets qui ont été discutés lors de ladite réunion du conseil d'administration), la preuve testimoniale sera-t-elle admissible⁷¹ ? En principe, il faudrait donner une réponse négative, car l'article 2860 al. 1 C.c.Q. exige la production de l'écrit quand la partie souhaite en prouver le contenu. Cette conclusion nous paraît toutefois insatisfaisante. Un écrit visé par l'article 2832 C.c.Q. ne devrait être soumis à la règle de la meilleure preuve que lorsqu'une partie veut faire la preuve d'un aveu. Quand la partie produit un écrit visé par l'article 2832 C.c.Q. en sa faveur pour qu'il soit admis à titre de témoignage, la règle de la meilleure preuve cesse de s'appliquer : le régime applicable devient celui du témoignage, et l'écrit n'est admis qu'à la discrétion du tribunal en tant qu'exception au ouï-dire. À noter que l'application par la jurisprudence de ces dispositions n'est pas toujours constante. Nous examinerons ci-dessous quelques exemples, en distinguant selon le type d'écrit invoqué. N'oublions pas que ces exemples ne concernent que l'écrit non instrumentaire, c'est-à-dire celui qui ne constate pas un acte juridique.

⁷⁰ C.c.Q., art. 2836.

⁷¹ Le contenu d'un écrit peut difficilement être prouvé par un moyen de preuve autre que le témoignage, à moins qu'il n'y ait un aveu judiciaire de la partie opposée.

V. Les difficultés liées à la preuve du contenu de l'écrit non instrumentaire

La recevabilité d'un écrit non instrumentaire n'est généralement pas problématique lorsque cet élément de preuve n'est pas apporté par son auteur. Ce n'est pas le cas quand l'écrit non instrumentaire est offert par son auteur pour faire preuve en sa faveur. On ne peut procéder ainsi que si l'écrit est visé par l'article 2832 C.c.Q., et ce dernier peut tout au plus être admis à titre de témoignage. En principe, le véritable papier domestique, celui qui est prévu dans l'article 2833 C.c.Q., ne fait jamais preuve en faveur de son auteur : il peut tout au plus renforcer ou encore corroborer le témoignage ou une autre preuve produite par l'auteur de l'écrit⁷². De plus, les écrits prévus dans les articles 2832 C.c.Q. et suivants ne peuvent constituer un commencement de preuve en faveur de leurs auteurs⁷³.

Dans ce cas de figure, soit celui qui concerne l'écrit non instrumentaire visé par l'article 2832 C.c.Q. et produit comme élément de preuve en faveur de son auteur, nous sortons bien évidemment du domaine de la preuve documentaire pour entrer dans celui de la preuve testimoniale⁷⁴ : l'écrit non instrumentaire produit par son auteur est assimilé à une forme de

⁷² *Desmarteau c. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, 2013 QCCA 2090, par. 49; *Scaffidi Argentina c. Constructions GSS Gauthier 2000 Inc.*, 2012 QCCS 5417, par. 14; C. PICHÉ, préc., note 28, n° 405 : « Le papier domestique invoqué par son auteur a la même valeur probante que l'écrit visé à l'article 2832 C.c.Q. Il peut servir à corroborer ou [à] renforcer une preuve. Toutefois, la seule production d'un papier domestique par son auteur n'est pas suffisante pour faire preuve de son contenu. » Voir aussi : *George c. Garneau*, 2016 QCCS 2234, par. 146; *Mireault c. Mireault*, 2012 QCCS 5778, par. 90 : « Les papiers domestiques et les écrits non signés ne font preuve que contre leur auteur en vertu des articles 2832 et 2833 du Code civil du Québec. Cette règle énonce le principe élémentaire qu'une personne ne peut se constituer elle-même un titre contre un tiers. Toutefois, cet écrit peut néanmoins servir à renforcer ou corroborer une preuve produite par la partie qui a rédigé le document en question. »

⁷³ *Airoidi c. Giard*, 2005 CanLII 26281, par. 43 (QC C.S.).

⁷⁴ Voir l'affaire *Piciacchia c. Azani*, 2014 QCCS 331, par. 45 : « Sans retenir nécessairement le détail des informations colligées dans le calepin, cela permet à tout le moins de confirmer qu'il y a bel et bien eu des rencontres qui ont précédé la signature de l'Entente lors desquelles les sujets abordés dans ladite convention ont été discutés. »

témoignage, et ce dernier n'est admis que comme exception au ouï-dire, soit uniquement s'il fournit des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier.

Dans l'affaire *Loto Québec c. Poker Trail Management inc.*⁷⁵, la défenderesse souhaitait prouver la perte de profits correspondant à l'argent investi dans une société par un des deux actionnaires. Les états financiers non vérifiés offerts par la demanderesse ont été exclus parce qu'ils constituaient du ouï-dire⁷⁶. Le tribunal observait de surcroît que, si la partie avait soumis des états financiers vérifiés, ces derniers auraient pu être admis, car ils constituent de véritables écrits visés par l'article 2832 C.c.Q. Cependant, nous avons du mal à justifier le fait que seuls les états financiers vérifiés puissent constituer un écrit visé par l'article 2832 C.c.Q. : dans cette affaire, l'exclusion des états financiers non vérifiés se fonde plutôt sur le fait que ces derniers ne fournissent pas de garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier (art. 2870 et 2871 C.c.Q.). Nous sommes effectivement en présence d'un écrit non instrumentaire, mais ce dernier est exclu s'il ne satisfait pas les conditions prévues pour introduire des éléments de preuve autrement mis de côté en raison de leur nature de ouï-dire⁷⁷. Fait ironique :

⁷⁵ *Loto Québec c. Poker Trail Management inc.*, 2016 QCCS 474 (ci-après « affaire *Loto Québec* »). Les états financiers peuvent être admis à titre de témoignage grâce à l'article 2832 C.c.Q. Voir, sur ce dernier point, l'affaire *Circuit Québec Ste Croix (1985) Inc. c. 155707 Canada inc.*, 2012 QCCS 3570 (CanLII), par. 43.

⁷⁶ *Loto Québec*, préc., note 75, par. 168. Voir également dans ce sens l'affaire *CHSLD juif de Montréal c. Entreprises Francier Inc.*, 2008 QCCA 2402, par. 46 : « [C]ontrairement aux documents établis dans le cours des activités d'une entreprise qui constitue une exception au ouï-dire, des états financiers non vérifiés n'échappent pas à la règle générale et [ils] sont moins fiables que des états financiers vérifiés, puisqu'ils sont sommaires, moins fouillés et l'opinion qui en résulte n'a pas le même poids. Il y a un certain risque qu'ils soient mal fondés malgré un examen bien conduit. »

⁷⁷ Soulignons que la jurisprudence arrive à admettre des états financiers non vérifiés si, selon les circonstances, il est possible de conclure qu'ils offrent des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Récemment, dans l'affaire *Capmatic Ltd. c. American Brands*, l'appelante contestait la qualité et la fiabilité de la preuve documentaire fournie par l'intimée (en l'occurrence, des états financiers non vérifiés générés par un système informatique de l'entreprise). Ces éléments de preuve avaient été introduits afin de quantifier les pertes subies par l'intimée. L'appel fut rejeté sur la base du fait que d'autres éléments de preuve

dans la même affaire, le tribunal repoussait une objection basée sur la règle de la meilleure preuve en admettant le témoignage de l'actionnaire pour faire la preuve de l'argent investi dans la société (1 250 000\$), sans se questionner à savoir si cette démarche était possible en raison des articles 2860, 2861 ou 2862 C.c.Q. Certes, l'investissement est parfois fait sans que la partie se procure une preuve écrite : il demeure bien, par contre, un acte juridique (soit si l'argent est injecté, implicitement, à titre de prêt, soit s'il est versé comme augmentation en capital), qui doit être prouvé par un écrit, à moins que l'on ne soit en présence d'une raison valable au sens de l'article 2861 C.c.Q.

La doctrine et une partie de la jurisprudence considèrent que les documents comptables et les états financiers sont soumis à l'article 2832 C.c.Q. et que non seulement ils font preuve contre leur auteur (à titre d'aveu), mais qu'ils *peuvent* également faire preuve en faveur de l'auteur à titre de témoignage⁷⁸. Il faut en revanche se méfier de la terminologie employée, car ces écrits sont souvent qualifiés de papiers domestiques⁷⁹. N'oublions pas que le papier domestique n'est que celui qui est prévu par l'article 2833 C.c.Q., et qu'il fait preuve uniquement contre son auteur, sa recevabilité étant soumise exclusivement à l'article 2860 C.c.Q. Cela suppose que l'auteur même du papier peut prouver le contenu par tous moyens lorsque ce dernier est offert par son adversaire⁸⁰. Celui-ci peut toujours produire l'écrit en question, soit s'il en détient une copie qui en tient légalement lieu, soit s'il a obtenu l'original de son adversaire. En revanche, dans ce cas de figure, les moyens de preuve (le témoignage de l'auteur et le papier domestique) sont tous les deux recevables : le juge devra décider de la valeur probante de ces derniers⁸¹.

venaient confirmer leur fiabilité, notamment, le témoignage du Président de l'intimée et les conclusions de l'expert. Voir *Capmatic Ltd. c. American Brands*, 2019 QCCA 1150, par. 47.

⁷⁸ L. DUCHARME, préc., note 22, par. 435.

⁷⁹ C.c.Q., art. 2833. Voir aussi l'affaire *Agropur Coopérative c. Cegerco Constructeur inc.*, 2004 CanLII 40403, par. 12 (QC C.S.) : « [les] états financiers (ou des documents de même nature) sont des papiers domestiques ».

⁸⁰ C.c.Q., art. 2857 : « La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens. »

⁸¹ Affaire *Agropur*, préc., note 61, par. 13.

Un autre problème se pose lorsqu'une partie souhaite appeler un témoin pour établir la véracité d'un fait également rapporté dans un écrit non instrumentaire. Dans ce cas, les tribunaux souhaitent parfois appliquer l'article 2860 al. 1 C.c.Q., mais ils mettent en œuvre une application trop restrictive de la disposition⁸².

Dans l'affaire *Automobiles Jalbert inc. c. BMW Canada*, qui portait sur l'inexécution d'un contrat, la demanderesse souhaitait témoigner sur les démarches effectuées pour obtenir une pièce d'équipement exigée par la défenderesse afin de se conformer à certaines exigences contractuelles⁸³. Le témoignage de la demanderesse était offert en vue de prouver le contenu d'une lettre qui aurait été envoyée à la défenderesse, lettre détruite à la suite de la fermeture d'un des sièges de la demanderesse. Dans cette affaire, il était donc question d'un écrit au sens de l'article 2832 C.c.Q. qui ne peut être admis en faveur de son auteur qu'à titre de témoignage! Et pourtant, le véritable témoignage de la partie, lui, a été déclaré irrecevable. En l'espèce, le tribunal reprochait à l'auteur de la lettre de ne l'avoir pas conservée, alors que de toute manière ce qui aurait pu être gardé n'aurait été qu'une simple copie, probablement une copie ne tenant pas lieu d'original, et que la défenderesse aurait pu produire l'original spontanément. Certes, une partie peut sommer un témoin de comparaître « pour produire un document ou un autre élément de preuve⁸⁴ ». Le témoignage doit-il être déclaré irrecevable pour autant? À notre avis, l'article 2860 C.c.Q. serait inapplicable dans un tel scénario : l'admissibilité de la preuve du contenu de l'écrit visé par l'article 2832 C.c.Q. est soumise au régime général en matière de témoignage. Si l'écrit existe, et si c'est la partie qui l'a rédigé qui souhaite le produire, il peut tout au plus être admis à titre de témoignage en tant qu'exception au ouï-dire. Toutefois, il serait impossible d'exclure le témoignage sous prétexte qu'un écrit rédigé par la partie même aurait préséance : en matière de

⁸² Voir l'affaire *Intégration de réseaux M.I.R. Inc. (Faillite de)*, 2001 CanLII 24879, par. 9 (QC C.S.) : « [L]'avènement du nouveau code civil en 1994 a instauré des conditions *moins rigoureuses* pour la recevabilité d'une preuve secondaire. Ainsi alors que sous l'ancien code on exigeait pratiquement au préalable la preuve de la perte de l'original par cas imprévu avant de pouvoir en faire la preuve secondaire; avec le nouveau code, la rigueur de cette règle a disparu. »

⁸³ *Automobiles Jalbert inc. c. BMW Canada*, 2011 QCCS 2499, par. 135.

⁸⁴ C.p.c., art. 270 al. 1.

preuve testimoniale, la règle est d'entendre tous les témoignages pertinents qui permettront par la suite au tribunal d'apprécier leur force probante (art. 2845 C.c.Q.). Même si cette interprétation était écartée, l'article 2860 al. 2 C.c.Q. ne mentionne pas l'exigence de sommer la partie adverse, mais tout simplement la bonne foi et la diligence de la partie qui ne peut produire l'écrit et qui souhaite avoir recours à un autre moyen de preuve⁸⁵. De plus, si le témoignage avait été admis, sa valeur probante aurait pu être contrée par le témoignage de la partie adverse⁸⁶, de sorte que, sous peine d'un reproche de parjure, cette dernière aurait eu l'occasion de contredire le témoignage ou d'admettre le contenu de la lettre.

Il est intéressant de relever que la doctrine et la jurisprudence justifient cette conclusion (l'admissibilité du témoignage de la partie qui aurait rédigé un écrit visé par l'article 2832 C.c.Q.) sur la base de questions d'efficacité⁸⁷ et l'appliquent en particulier aux cas qui requièrent l'examen de documents volumineux⁸⁸. D'un point de vue strictement normatif, cette

⁸⁵ *Contra* : L. DUCHARME, préc., note 22, par. 1237, où l'auteur mentionne une troisième condition : l'impossibilité de produire l'écrit. Cette condition, toutefois, devrait s'interpréter comme la perte ou la destruction de l'écrit, et non comme également le refus de la partie qui détient la preuve.

⁸⁶ Cette conclusion a par ailleurs été atteinte en matière de dossiers médicaux. La Cour suprême a peut-être eu plus de facilité dans ce cas de figure parce que ces écrits sont considérés comme une exception au ouï-dire : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 50-51 : « [L]es appelants soutiennent que la règle de la meilleure preuve – prévue à l'art. 1204 C.c.B.C. (maintenant l'art. 2860 C.c.Q.) – n'a pas été respectée puisque le juge du procès n'a pas consulté les dossiers médicaux de chaque bénéficiaire [...] le dossier médical n'est pas, comme le prétend l'appelant, la meilleure preuve. En fait, c'est par exception à la règle de l'exclusion de la preuve par ouï-dire que ces documents sont admissibles. »

⁸⁷ L. DUCHARME, préc., note 22, par. 1166.

⁸⁸ Voir l'opinion dissidente du juge Tyndale dans l'affaire *Centre commercial Lachute inc. c. Assaly*, 1984 CanLII 2839, par. 45 et 46 (QC C.A.) : « In the modern business world, the best evidence rule must be, and has been, adapted in the matter of proof of the result of voluminous accounting documents. It is simply impracticable – that is, “impossible in practice” – to bring truckloads of documents to court for the judge (or jury) to study, analyse, and interpret. Secondary proof can be received if it is first shown that the primary proof cannot be produced – 1204 C.C. This interpretation has been adopted consistently by our doctrine and jurisprudence. To make proof in such a case one produces a witness, skilled in

justification n'est pas nécessaire : c'est bien le résultat produit par les dispositions visées. L'argument élaboré par la doctrine et la jurisprudence semble plutôt s'appuyer une exception à la règle de la meilleure preuve en common law⁸⁹.

Conclusion

Comme nous l'avons démontré dans notre article, l'application de la règle de la meilleure preuve n'est pas aisée en droit québécois. Cette situation nous semble être la conséquence de l'acculturation du droit de la preuve civile. Au-delà des origines de la règle, et afin d'en assurer une application plus moderne, mieux adaptée aux exigences des plaideurs, essayons d'en résumer la portée : l'article 2860 al. 1 C.c.Q. établit qu'un original (ou une copie obtenue dans certaines circonstances pouvant en garantir l'intégrité), constitue la façon de prouver un acte juridique et le contenu d'un écrit. Il en est de même pour l'extrait d'un acte authentique. Cela revient à dire que la preuve de l'acte juridique ou le contenu d'un écrit ne peut, en principe, se faire par un moyen autre que l'écrit même. La copie, si elle présente des garanties suffisantes quant à sa fiabilité, est parfaitement équivalente à l'original, de sorte qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les deux, ni de qualification de preuve primaire ou secondaire entre l'original et la copie.

En ce qui concerne l'épineuse question de la preuve secondaire d'un acte juridique, une approche pragmatique devrait être privilégiée. Ainsi, la preuve secondaire (en l'espèce, celle qui est testimoniale) n'est admise que :

- 1) si la valeur du litige n'excède 1 500 \$ (art. 2862 al. 1 C.c.Q.); ou

accounting, who has made a thorough study and analysis of the underlying documents, and his testimony and exhibits are admissible and, if credible and persuasive, sufficient; fairness requires a proviso that the documents themselves be made available to the other party if he wishes to make his own study. »

⁸⁹ Kenneth BROWN *et al.*, préc., note 33, p. 415 : « It has long been held that records too voluminous to be conveniently produced and examined in court may be summarized and their import testified to by a witness, usually an expert, who has reviewed the entirety. »

- 2) s'il n'y a jamais eu – pour une raison valable – d'écrit (art. 2861 C.c.Q.); ou
- 3) si, malgré la bonne foi et la diligence de la partie, il est impossible de produire l'écrit (art. 2860 al. 2 C.c.Q.) parce qu'il a été perdu ou détruit; ou encore
- 4) lorsqu'il y a un commencement de preuve (art. 2865 C.c.Q.) qui rend vraisemblable la conclusion d'un acte juridique⁹⁰.

Nous croyons que ces dispositions devraient être interprétées de façon large, afin d'admettre plus aisément le témoignage pour la preuve de l'acte juridique. La même logique s'impose d'ailleurs pour la preuve d'un fait rapporté dans un écrit. Dans bien des cas, la question ne se posera pas quand les faits sont relatés dans un acte authentique ou semi-authentique. La preuve du contenu (le fait), constatée par un écrit émanant d'un officier public, s'avère hautement fiable : la seule façon de remettre en question le fait constaté est donc l'inscription de faux. Cela dit, il nous semble difficile, voire contradictoire, d'appliquer la même approche aux faits rapportés dans un écrit non instrumentaire⁹¹. En effet, la fiabilité de l'écrit non instrumentaire se révèle basse; c'est d'ailleurs pour cela que le papier domestique ou la mention libératoire ne font preuve que contre leur auteur. Quant à la catégorie résiduelle de l'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait, elle est encore moins fiable : cet écrit peut tout au plus être admis à titre de témoignage ou d'aveu contre son auteur (art. 2832 C.c.Q.). Pour ce dernier écrit, la règle de la meilleure preuve ne devrait pas s'appliquer : le témoignage sera retenu à titre d'exception au ouï-dire. De façon générale, pourquoi devrait-on déclarer irrecevable la preuve testimoniale sur le contenu d'un écrit non instrumentaire, si le Code civil lui accorde une faible force probante ? Ici, la raison d'être de l'interdiction de la preuve secondaire se trouve absente : nous estimons fort probable qu'un témoin soit plus fiable qu'un écrit de ce genre, dans la mesure où il est question de prouver un simple fait. La justice a donc tout intérêt à entendre un ou plusieurs témoins sur des faits qu'un écrit instrumentaire prétend être vrais (ou faux).

⁹⁰ Cependant, l'acte juridique passé dans le cours des activités d'une entreprise peut être prouvé, contre la personne qui l'a passé, à travers la preuve par témoins. Voir C.c.Q., art. 2862 al. 2 *in fine*.

⁹¹ C.c.Q., art. 2832, 2833 et 2834.

En conclusion, nous croyons que l'interprétation des règles en matière de preuve civile devrait avoir pour objet de faciliter l'instruction de l'instance. Interpréter la règle de la meilleure preuve en insistant sur une logique d'admissibilité versus une logique d'inadmissibilité nous semble aller dans la mauvaise direction. À notre avis, cette approche est désormais obsolète même dans les ressorts de common law, où l'on préfère plutôt appliquer un système d'évaluation de la preuve lié à la force probante des éléments offerts par les parties. Nous pensons qu'assouplir la rigueur de l'article 2860 C.c.Q. en favorisant une interprétation large permettra de mieux servir les intérêts de la justice.

La règle de prohibition des condamnations multiples : réflexions sur ses fondements et ses critères ainsi que sur leur application en droit économique et financier

par Tiphaine DOURGES*

Des premiers arrêts de la Cour suprême du Canada jusqu'aux décisions récentes rendues sur la règle de prohibition des condamnations multiples, l'auteure propose dans l'étude qui suit une réflexion à la fois globale et synthétique sur les éléments qui en permettent la mise en œuvre, tout en soulevant les limites des critères utilisés. Elle préconise en ce sens une lecture plus ouverte de la règle, mieux respectueuse des objectifs qui semblent fonder l'interdiction des condamnations multiples. Ses propos s'appuient notamment sur une illustration des enjeux de la question en matière économique et financière, particulièrement le domaine des valeurs mobilières, afin de mettre en lumière les apories du droit positif.

From the first rulings of the Supreme Court to the recent decisions on the rule on the double jeopardy prohibition, this study provides a comprehensive and synoptic study of the elements that make the implementation of that rule possible while also assessing the limitations of the criteria used in that implementation process. To that end, it offers a broader analysis of this principle - one that better takes into account the aims that would appear to underpin the prohibition on multiple convictions. The remarks made here are mostly based on an illustration of the stakes in economic and financial matters, especially those pertaining to financial assets, in order to highlight the shortcomings of the current system.

* Doctorante, en cotutelle à l'Université de Sherbrooke et à l'Université de Bordeaux (France).



Sommaire

Introduction.....35

I- Les fondements incertains de la règle de prohibition des condamnations multiples37

- A- Les fondements formels de la règle de prohibition des condamnations multiples38
 - 1) Une règle d'origine jurisprudentielle38
 - 2) Un rattachement possible à l'article 11 h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*41
- B- Le fondement matériel incertain de la règle de prohibition des condamnations multiples47
 - 1) La protection contre le double péril47
 - 2) Le rejet de la règle *Transit in rem judicatam*51
 - 3) La chose jugée.....51
 - 4) La référence à la règle *Nemo debet bis puniri pro uno delicto, nemo bis vexari*52
 - 5) La protection contre l'abus du droit de punir de l'État.....53

II- Les critères de la règle de prohibition des condamnations multiples.....55

- A- Le champ d'application de la règle *Kienapple* rattachée à l'article 11 h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*55
 - 1) Le critère de la procédure criminelle par nature57
 - a) L'importance de la nature procédurale de l'affaire.....57
 - b) Les critères de la nature procédurale de l'affaire.....58
 - c) L'application du critère dans le domaine du droit des valeurs mobilières63
 - 2) Le critère de la véritable conséquence pénale.....70
 - a) La définition de la véritable conséquence pénale fondée sur la décision *Wigglesworth*.....70

b) Quelques précisions apportées par la décision <i>Rodgers</i>	73
c) Des réflexions quant au droit des valeurs mobilières.....	74
B- Les critères d'application de la règle de prohibition des condamnations multiples	79
1) L'exposé des critères.....	79
a) Le lien factuel	80
b) Le lien juridique.....	80
c) L'absence d'intention contraire du législateur.....	82
2) L'application des critères au contexte des valeurs mobilières.....	83
a) Le cumul entre infractions pénales à la <i>Loi sur les valeurs mobilières</i> et infractions au <i>Code criminel</i>	83
b) Le cumul entre infractions pénales réglementaires et manquements administratifs	88
Conclusion	89

Introduction

Consécration et définition. Il existe en droit canadien une règle dite de l'*interdiction des déclarations de culpabilité multiples*. Énoncée explicitement dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*¹, elle est ensuite précisée dans l'arrêt *R. c. Prince*². Selon le juge Dickson (alors juge en chef), elle existe de longue date dans la jurisprudence canadienne. Les vertus de la décision *Kienapple* sont donc son autonomisation par rapport à d'autres règles voisines³ et l'émergence d'un critère nouveau dans sa définition. La règle de prohibition des déclarations de culpabilité multiples ne s'attache plus aux décisions de culpabilité pour la *même infraction* mais pour la *même* « chose » ou « cause » ou encore le « même délit »⁴. Elle signifie qu'une personne ne peut pas être condamnée pour plusieurs chefs d'accusation pour le même acte matériel dès lors qu'il n'existe pas d'éléments supplémentaires ou distinctifs entre ces différents chefs. Il est donc question finalement de vérifier si ces chefs d'accusation, relatifs au même acte matériel, caractérisent la *même chose*. Si tel est le cas, il faudra arrêter les poursuites pour le chef le moins grave.

Problématique. Devant cette définition, différentes questions peuvent se poser. Tout d'abord, il convient de se demander si cette règle concerne toutes les formes de sanctions. L'expression « déclarations de culpabilité », ou « déclarations de condamnation », présente dans la définition, induit *a priori* son application uniquement pour les condamnations pénales. L'interdiction est-elle cantonnée dans ce champ du droit ou peut-elle s'appliquer à des mécanismes de sanctions issus d'autres branches? Une fois déterminé le champ d'application de la règle, il convient de considérer

¹ *Kienapple c. R.*, [1975] 1 R.C.S. 729.

² *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, par. 13.

³ *Id.*, par. 14 : le juge Dickson précise que les juges ont évité cette fois-ci de donner une portée atténuée à une disposition du *Code criminel* pour appliquer ce principe. Cela semble signifier qu'ils n'ont pas cherché à appliquer les règles du *Code criminel* comme celle du plaidoyer de l'autrefois convict, qui ne pouvait pas l'être sans une modification de son interprétation. Ainsi, il a fallu rendre autonome la règle d'interdiction des condamnations multiples pour ne pas dénaturer d'autres règles préexistantes.

⁴ *Id.*, par. 14.

ses critères d'application. Comment savoir si différentes infractions sont la « même chose » ou la « même cause »?

Il s'agit notamment de comprendre la signification des termes « éléments supplémentaires ou distinctifs ». Or ces questions n'ont pas toujours une réponse claire et satisfaisante qui rendrait prévisible et sûre l'application de la règle. Il semble donc utile de revenir sur ces différents éléments. En outre, cette règle a été ajoutée par la jurisprudence aux autres règles régissant les poursuites multiples. Nous en déduisons que ces dernières n'étaient pas suffisantes et que la prohibition des condamnations multiples apparaît nécessaire dans l'ordre juridique pour appréhender d'autres cas de poursuites multiples. Déterminer les raisons d'être de cette règle permettrait vraisemblablement de mieux délimiter ses critères. En effet, il serait logique que ces derniers soient en accord avec ses fondements.

Champ d'étude. Sans s'y limiter, notre étude prendra appui sur le domaine financier, spécialement celui des valeurs mobilières. Cette matière nous apparaît particulièrement propice, la multiplication des textes sur le sujet offrant un terreau fertile de réflexions pour étudier la question de la prohibition des condamnations multiples. En effet, les comportements qui constituent des manquements à la réglementation du marché des valeurs mobilières peuvent connaître plusieurs formes de sanctions : criminelles⁵,

⁵ On trouve par exemple le délit d'initié à l'article 382.1 du *Code criminel*, propre au domaine des valeurs mobilières, ou la fraude, infraction générale incriminée à l'article 380 du *Code criminel*. Pour un exemple de comportements constituant à la fois des infractions pénales réglementaires à la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1 (ci-après dans les notes « L.v.m. ») et au *Code criminel*, voir l'affaire *R. c. Lacroix*, 2009 QCCS 4004.

pénales⁶, administratives⁷ et civiles⁸. Pourrait-on poursuivre et condamner une personne sur le fondement de tous les textes applicables pour un manquement matériellement unique?

Position. Il n'est pas possible de se prononcer de manière abstraite et absolue quant à cette question. La réponse dépend en réalité de l'application des critères de la règle à chaque situation concrète. Néanmoins, dans le contexte de l'inflation législative que connaît la société contemporaine, notamment en matière financière, nous croyons opportun et réaliste de promouvoir une appréhension des critères limitant les situations de condamnations multiples dans le cas d'un comportement unique. En ce sens, la règle de l'interdiction des condamnations multiples trouverait dans l'article 11 h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹ un fondement constitutionnel intéressant. La protection contre le double péril, commune à la règle de prohibition des condamnations multiples et au texte de l'article 11 h) de la Charte canadienne, en serait ainsi renforcée. Afin d'appuyer ces propos, nous étudierons les fondements de la règle de prohibition des condamnations multiples (I) et ses critères (II).

I- Les fondements incertains de la règle de prohibition des condamnations multiples

Fondements formels et matériels. Chercher le fondement de la règle de prohibition des condamnations multiples conduit à déterminer

⁶ Voir le titre VII de la *Loi sur les valeurs mobilières*, « Interdictions et dispositions pénales ».

⁷ Voir le titre IX de la *Loi sur les valeurs mobilières*, « Mesures d'application de la loi », notamment le chapitre III (« Autres attributions de l'autorité et du tribunal administratif des marchés financiers ») qui prévoit, par exemple, la possibilité de prononcer un blâme (art. 273) ou une pénalité administrative de 2 millions de dollars au maximum pour chaque contravention à la *Loi sur les valeurs mobilières* (art. 273.1).

⁸ Voir les articles 213.1 et suivants de la *Loi sur les valeurs mobilières*. S'agissant de sanctions contractuelles et de règles de responsabilité civile, nous ne les incluons pas dans notre étude.

⁹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c.11 (R.-U.)] (ci-après « Charte canadienne »).

l'« élément essentiel » sur lequel il s'appuie¹⁰, sa raison d'être. À vrai dire, le fondement peut être double : formel ou matériel. En effet, la règle trouvera sa source soit dans un texte juridique – fondement formel –, soit à partir d'une idée qui lui préexiste – fondement matériel. Nous verrons que, malgré différentes possibilités, il semble actuellement difficile de préciser le fondement matériel de l'interdiction des condamnations multiples (B). En revanche, si elle n'est explicitement exprimée dans aucun texte, il paraît possible de lui découvrir un fondement formel dans la Charte canadienne (A).

A- Les fondements formels de la règle de prohibition des condamnations multiples

Absence de source textuelle directe. La prohibition des condamnations multiples a été consacrée par les juges de la Cour suprême du Canada (1) dans différentes décisions qui en énoncent le principe et les critères. Pour autant, si la règle ne figure pas en tant que telle dans la Charte canadienne – ni son nom ni sa définition n'y sont inscrits –, la jurisprudence semble considérer qu'elle constitue une sorte de prolongement du paragraphe h) de l'article 11 de celle-ci, qui prévoit que tout inculpé a droit « d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni » (2).

1) Une règle d'origine jurisprudentielle

Consécration expresse de la règle dans la décision Kienapple. C'est la jurisprudence qui a consacré la règle d'interdiction des condamnations multiples. La décision la plus remarquée, retenue comme celle qui la formule, est l'arrêt *Kienapple* rendu par la Cour suprême en 1975. Dans cette décision, les juges majoritaires (cinq contre quatre) ont

¹⁰ Dictionnaire Larousse, version en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fondement/34487>>.

considéré qu'un homme ayant été déclaré coupable de viol¹¹ ne pouvait pas aussi se voir reproché d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans qui n'est pas son épouse¹², relativement au seul et même rapport sexuel à l'égard de ladite adolescente. Dans ses motifs, le juge Laskin affirme ainsi « qu'il ne doit pas y avoir de déclarations de culpabilité multiples pour le même délit perpétré contre la même adolescente » et qu'il faut opérer un choix entre les deux qualifications applicables¹³.

Apport de la décision Prince. C'est ensuite l'arrêt *Prince* qui précise la formule de la décision *Kienapple*. Dans cette affaire, l'accusé avait poignardé une femme enceinte, dont l'enfant était alors né prématurément puis décédé. Il a été reconnu coupable d'avoir causé des lésions corporelles à la mère. S'est alors posée la question de l'application de la règle de prohibition des condamnations multiples s'agissant d'une accusation d'homicide involontaire coupable sur l'enfant. Pour répondre à cette question, le juge en chef Dickson précise tout d'abord la portée de l'arrêt *Kienapple*. Il estime que ce n'est pas la première fois qu'une décision fait

¹¹ Art. 143 *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34 [mod. 1972 (Can.), c. 13, art. 70], dans sa version antérieure au 1^{er} janvier 1988 (ci-après « C.cr. (1988) ») :

Une personne du sexe masculin commet un viol en ayant des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse

a) sans le consentement de cette personne du sexe féminin, ou

b) avec le consentement de cette dernière, si le consentement

(i) est arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles,

(ii) est obtenu en se faisant passer pour son époux, ou

(iii) est obtenu par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte.

¹² Art. 146 (1) C.cr. (1988) :

Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans,

que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus.

Quiconque commet l'acte criminel de viol est aussi passible de l'emprisonnement à perpétuité.

¹³ *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, 745.

application de la règle selon laquelle il ne peut pas y avoir de déclarations de culpabilité multiples dans des situations pour lesquelles les défenses d'autrefois convict ou d'autrefois acquit, l'article 11 du *Code criminel*¹⁴ ou encore son article 589¹⁵ ne s'appliquaient pas¹⁶. Cette règle serait donc issue d'une tradition jurisprudentielle consistant à veiller « à ce qu'un accusé ne soit pas assujetti sans raison valable à des déclarations de culpabilité multiples à l'égard d'un seul délit criminel¹⁷ ». La décision est novatrice dans la mesure où elle donne une autonomie à la norme. Elle ne se fonde pas sur l'interprétation d'une règle déjà formellement exprimée dans le *Code criminel*. Ensuite, le raisonnement ne pose plus la question de savoir si les infractions en cause sont les mêmes, mais si elles constituent la même « chose », la même « cause » ou le même « délit »¹⁸. Cette position caractérise un changement ou, au moins, une clarification dans l'autonomie et l'application de la règle. Ainsi, l'arrêt *Prince* vient éclairer le sens du critère de la « même chose », de la « même cause » ou du « même délit », posé dans la décision *Kienapple*. En revanche, la décision rend confus un élément en particulier : la prohibition des condamnations multiples est-elle un principe ou une règle?

La prohibition des condamnations multiples : principe ou règle?

L'arrêt *Prince* décrit l'interdiction des condamnations multiples à la fois comme un principe et comme une règle. Typiquement, au paragraphe 13 de la décision, le juge Dickson précise qu'il « préfère désigner le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* comme règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples ou simplement, comme principe de l'arrêt

¹⁴ Art. 11 C.cr. (1988), qui interdisait les peines multiples pour la même infraction : Lorsqu'un acte ou une omission constitue une infraction visée par plus d'une loi du Parlement du Canada, qu'elle soit punissable par voie d'acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, une personne qui accomplit l'acte ou fait l'omission devient, à moins que l'intention contraire ne soit manifeste, assujettie aux procédures que prévoit l'une quelconque de ces lois, mais elle n'est pas susceptible d'être punie plus d'une fois pour la même infraction.

¹⁵ L'article 589 (C.cr. (1988)) établissait des règles relativement aux infractions incluses, inapplicable ici.

¹⁶ *R. c. Prince*, préc., note 2, par. 14. Le juge Dickson se réfère aux arrêts *R. v. Quon*, [1948] R.C.S. 508, et *R. v. Siggins*, [1960] 127 C.C.C. 409 (Ont. C.A.).

¹⁷ *R. c. Prince*, préc., note 2, par. 14.

¹⁸ Pour la délimitation de ces notions, voir *infra*, section II, B, 1).

Kienapple ». Dans des décisions postérieures concernant le principe interdisant l'auto-incrimination, la Cour suprême a précisé les liens entre « principe » et « règle » en distinguant les deux notions¹⁹. Le principe est général et peut faire l'objet d'applications particulières par l'intermédiaire de différentes règles. Le principe d'interdiction de l'auto-incrimination se réalise ainsi notamment au travers de différentes protections procédurales de la Charte canadienne. Si nous appliquons ce raisonnement à notre objet d'étude, la prohibition des condamnations multiples pourra être qualifiée de principe si elle ne trouve pas sa source dans un principe plus général et que l'on peut lui attacher différentes règles d'application. En revanche, elle sera une règle si elle correspond à une application particulière d'un principe qui, lui, est plus général. Au regard des éléments qui seront développés par la suite²⁰, il est possible de dire que l'interdiction des condamnations multiples s'avère plutôt une règle d'application particulière du principe plus général de protection contre le double péril. La distinction entre principe et règle n'est cependant pas vraiment bien établie en jurisprudence à l'égard de notre objet d'étude, alors qu'elle aurait peut-être le mérite de clarifier les liens entre les différentes règles portant sur les poursuites et les condamnations multiples de même que la question du double péril.

Précisons que la source de la règle d'interdiction des déclarations de culpabilité multiples ne figure pas initialement dans un texte. Elle est issue de différents arrêts de la jurisprudence canadienne. Ils en ont peu à peu affiné les contours et les critères d'application. Avec l'adoption ultérieure de la Charte canadienne, son rattachement à un texte est désormais possible.

2) Un rattachement possible à l'article 11 h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

La nature incertaine des liens entre la règle issue de l'arrêt Kienapple et la Charte canadienne des droits et libertés. L'article 11 h) de la Charte canadienne prévoit que « tout inculpé a le droit » « d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été

¹⁹ *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, par. 31; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 44.

²⁰ Voir spécialement *infra*, I, B.

définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni ». C'est l'expression constitutionnelle des défenses d'autrefois acquit et d'autrefois convict qui sont aussi prévus par l'article 37.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Ces défenses se retrouvent au sein des articles 607 du *Code criminel* pour le procès devant jury, 795 du *Code criminel* pour les procédures sommaires et 184 (1) du *Code de procédure pénale* pour les infractions de droit pénal réglementaire au Québec. La Charte canadienne ne formule donc pas directement l'interdiction des déclarations de culpabilité multiples pour les infractions non identiques au sens strict²¹. Certains juges semblent néanmoins relier cette règle à l'article 11 h) de la Charte canadienne²², sans que cela soit toujours explicite ou que l'on comprenne la nature de leurs rapports²³. La règle dégagée dans la décision *Kienapple* est-elle comprise dans l'article 11 h) ou seulement apparentée? On tient généralement pour acquis que le paragraphe h) de l'article 11 consacre l'interdiction du « double péril²⁴ ». La juge McLachlin

²¹ Pierre BÉLIVEAU, *Les garanties juridiques dans les chartes des droits*, t. 2, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 284.

²² Par exemple : *R. c. Dubeau*, 2005 CanLII 49810 (QC CQ), par. 34 (l'italique est de nous) : « l'interdiction des *condamnations multiples* visée par l'article 11 h) de la Charte trouve application dans la présente affaire », à propos de poursuites fondées sur le *Code criminel* et le *Code de la sécurité routière* (RLRQ, c. C-24.2) pour le même acte : *Pronovost c. R.*, 2016 QCCQ 15195, où la juge Bélanger conclut qu'un requérant « peut se prévaloir de la protection conférée par l'alinéa 11 h) de la Charte, soit la protection contre le double péril » (par. 24), après avoir exposé le principe et les critères de la règle de la *res judicata*, comprise comme l'interdiction des condamnations multiples, selon les critères de l'arrêt *Prince*. Voir également notamment l'arrêt *R. c. Lacroix*, préc., note 5, par. 22 et suiv.

²³ Voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, par. 27, où la juge Wilson examine l'application de l'article 11 h) à l'espèce (fondement invoqué par l'appelant) au regard des arrêts *Prince* et *Kienapple*. Cela montre qu'il existe, à ses yeux, un lien entre les deux, mais sans que ce lien ne soit expliqué.

²⁴ P. BÉLIVEAU, préc., note 21, p. 283 et suiv., précise que l'article 11 h) vise les défenses d'autrefois acquit et d'autrefois convict, lesquels sont une des expressions procédurales de l'interdiction du double péril; André GARDNER, *La portée de l'arrêt Kienapple en droit pénal de l'environnement*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université Laval, 2000, p. 15 et 16. Cela a été récemment réaffirmé en jurisprudence : *Canada (Procureur général) c. Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 33.

a par ailleurs considéré dans la décision *R. c. Van Rassel* que le concept de double péril était un principe général dont la règle de l'arrêt *Kienapple* était une application particulière²⁵. Ce dont nous pourrions déduire que cette règle est incluse par la jurisprudence dans l'énoncé de l'alinéa h) de l'article 11²⁶. Pourtant, dans le même arrêt, l'application de la règle *Kienapple* est, de manière explicite, étudiée distinctement de l'article 11 h). La protection offerte par ce dernier et celle de la décision *Kienapple* apparaissent différentes pour la Cour suprême, ce qui empêche d'affirmer en droit positif le rattachement de la première à la seconde²⁷, malgré leur origine commune. Il faut noter au surplus que l'arrêt *Prince* faisait lui-même directement référence à la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples sans chercher à la relier à l'article 11 h). Il semble y avoir discordance, entre la juridiction suprême et d'autres juridictions, sur les liens entre la prohibition des condamnations multiples et l'article 11 h). On peut donc regretter l'absence de plus amples explications sur leurs rapports, d'autant plus que le rattachement de la règle de l'arrêt *Kienapple* à la Charte canadienne pourrait être intéressant.

²⁵ *R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225, 233.

²⁶ Voir Marilyn PILON, *Affaire criminelles et pénales : protection des droits en vertu de la Charte*, Division du droit et du gouvernement (révisé le 24 février 2000), en ligne : <<http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/918-f.htm>>, qui précise que « l'alinéa 11 h) a une origine commune aux défenses bien établies de l'« autrefois acquit », de l'« autrefois convict » et de l'« issue estoppel », et à la règle formulée par la Cour suprême en 1975 dans l'affaire *Kienapple* ». En outre, selon P. BÉLIVEAU, préc., note 21, p. 284, une interprétation téléologique de la Charte canadienne permet de conclure à une interprétation large de l'énoncé de l'article 11 h), comme ne contenant pas seulement les défenses d'autrefois convict et d'autrefois acquit.

²⁷ Une décision récente de la Cour suprême semble aussi aller en ce sens en se fondant justement sur la décision *Van Rassel* : *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 24, par. 39. Le juge Wagner, se référant à la doctrine, précise ce qui suit :

[L'article 11 h) de la Charte canadienne] a une portée restreinte et [...] ne vise pas toutes les formes de double péril. À titre d'exemple, il se distingue des garanties légales et de common law, comme le principe d'autrefois acquit, ou celui établi dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, à l'encontre de déclarations de culpabilité multiples pour des infractions distinctes qui découlent d'un seul acte (*R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225, p. 233).

Intérêt d'un rattachement explicite de la règle de prohibition des condamnations multiples à l'article 11 h) de la Charte canadienne. Le rattachement explicite de la règle de prohibition des condamnations multiples à l'article 11 h) de la Charte canadienne se révélerait pertinent et utile. **Pertinent**, d'une part, car cette règle est, *a minima*, un complément de la règle édictée dans l'article 11 h) et possède une origine commune : le concept de « double péril »²⁸. C'est ce concept que les juges paraissent vouloir protéger par l'énoncé de l'ensemble des règles relatives aux risques de poursuites, de jugements ou de condamnations multiples. Or, la règle d'interdiction des condamnations multiples pour la même « chose » a été consacrée par la jurisprudence dans des situations où d'autres règles ont été jugées inapplicables, mais où il semblait important d'éviter tout de même les condamnations multiples. Le dispositif mis en place serait considéré comme indispensable pour garantir au justiciable de ne pas se retrouver dans une situation de double péril. Il pourrait être logique que la règle soit incluse dans la prévision constitutionnelle de l'article 11 h), la dotant d'un solide fondement et affirmant, par là même, la protection contre le double péril. **Utile**, d'autre part, pour donner une valeur forte à la règle de prohibition des condamnations multiples. La Charte canadienne fait partie de la Constitution formelle : elle a une valeur supralégislative²⁹. Les législateurs fédéral et provinciaux³⁰ auraient donc l'obligation de respecter cette règle autant que celle qui est formellement exprimée dans l'article 11 h)³¹. La

²⁸ *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 24, par. 33 (j. Wagner) : « le législateur avait pour objectif en adoptant l'al. 11 h) d'offrir une protection contre le double péril ».

²⁹ Ainsi, les règles de la Charte canadienne, préc., note 9, sont hiérarchiquement supérieures aux lois ordinaires : Alexandre MORIN, « Champ d'application de la Charte canadienne », *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit constitutionnel », *Charte canadienne : application et structure d'une cause*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, n° 3, à jour du 21 septembre 2017 (LAd/QL).

³⁰ La Charte canadienne s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada pour les domaines relevant du Parlement ainsi qu'à la législature et au gouvernement de chaque province pour leurs compétences respectives : Charte canadienne, préc., note 9, art. 32 (1).

³¹ Les législateurs ne pourraient alors pas écarter l'application de la règle de prohibition des condamnations multiples au motif d'une lecture stricte de l'article 11 h) (P. BÉLIVEAU, préc., note 21, p. 284), sauf à clairement indiquer une intention contraire : la Charte canadienne prévoit et organise la « garantit les

valeur constitutionnelle n'a pas été déniée à la norme, et les juges en font parfois application comme si cette norme avait une valeur équivalente à celle de l'article 11 h). Toutefois, à notre connaissance, cette valeur n'a pas non plus été affirmée. Clarifier la situation ne serait pas une mauvaise chose. D'autant plus qu'un autre fondement formel permettrait d'accorder à la règle une valeur forte, mais d'une portée moindre. En effet, il serait aussi tout à fait possible de lui donner une force spécifique si elle était qualifiée de principe de justice fondamentale.

La prohibition des condamnations multiples : principe de justice fondamentale? Certains auteurs estiment que la règle de prohibition des condamnations multiples pourrait « être considérée comme un principe de justice fondamentale en vertu de l'article 7 de la Charte³² ». Une telle qualification lui octroierait valeur constitutionnelle. En outre, d'autres auteurs, cités en jurisprudence, considèrent qu'une interprétation élargie de l'article 11 h) de la Charte canadienne relèverait plutôt d'un raisonnement sur l'article 7³³. La règle de prohibition des condamnations multiples

droits et libertés qui y sont énoncés ». Ainsi, leur restriction ne peut se faire « une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » : voir l'article premier de la Charte canadienne, préc., note 9.

³² Anne-Marie BOISVERT, Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOU, « En marge de l'affaire Lacroix-Norbourg : les enjeux substantifs et punitifs suscités par le double aspect, réglementaire et criminel, de certains comportements frauduleux dans le domaine des valeurs mobilières », (2009) 50 *C. de D.* 469, note 140. Les auteurs soulèvent à la section 2.2.1.2 de l'article l'existence du principe *ne bis in idem* sur le plan du droit international et ont recours à l'argument de droit pénal comparé pour affirmer son importance et la possibilité de considérer son équivalent constitutionnel canadien comme un principe de justice fondamentale en raison de sa large consécration. Par ailleurs, A. GARDNER, préc., note 24, p. 15, affirme que le principe de prohibition des condamnations multiples est un principe de justice fondamentale, mais il ne cite aucune décision de la Cour suprême en ce sens.

³³ *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 24, par. 35 : Comme le signalent plusieurs auteurs, l'al. 11 h) a une portée restreinte (voir M. L. Friedland, "Legal Rights Under The Charter" (1982), 24 *Crim. L.Q.* 430, p. 435 et 449; Stuart, p. 467) [...] Friedland et Stuart laissent tous deux entendre que l'interprétation élargie du double péril s'inscrirait davantage dans le cadre de l'art. 7 de la Charte (Friedland, p. 435; Stuart, p. 468).

pourrait alors être perçue comme une interprétation élargie qui se rattacherait à l'article 7. Ainsi, dès lors qu'un accusé risquerait une atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa santé, l'atteinte ne serait constitutionnelle que si elle se réalisait en conformité avec la règle de prohibition des condamnations multiples. Cela serait-il suffisant pour donner une pleine portée à cette règle?

*Article 11 h) ou article 7 de la Charte canadienne*³⁴? Il n'est pas certain que la qualification de principe de justice fondamentale soit suffisante, car la protection pourrait n'être accordée que lorsqu'une des valeurs protégées par l'article 7 de la Charte canadienne serait atteinte. Par exemple, dans le cas d'un risque de condamnations multiples, seul le fait d'encourir de l'emprisonnement, qui porte atteinte à la liberté, justifierait l'inconstitutionnalité d'un texte. En revanche, dans le contexte de l'article 11 de la Charte canadienne, il n'y aurait pas besoin de constater une telle atteinte³⁵. Les cas où seules des amendes sont encourues ne seraient pas couverts par l'article 7, tandis qu'ils le seraient avec l'article 11 h)³⁶. C'est pourquoi nous jugeons peut-être plus opportun de rattacher l'interdiction des condamnations multiples directement à l'article 11 h), pour lui donner une portée large et protéger de manière plus satisfaisante les justiciables contre un double péril. Afin de justifier cette préférence pour l'établissement d'un lien entre la règle étudiée et l'article 11 h) plutôt qu'avec son article 7, nous estimons notamment nécessaire de préciser le

³⁴ Il faut de surcroît noter que la Cour suprême, dès lors que la protection de l'article 11 suffit et que le requérant peut voir sa situation directement examinée par l'un des alinéas de cet article, n'ira pas étudier l'article 7. L'un n'est pas exclusif de l'autre; cependant, si une disposition précise des articles 8 à 14 suffit pour trancher la situation du requérant, la Cour suprême ne voit pas d'intérêt à aller sur le terrain de l'article 7. En ce sens, voir l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 24, par. 76.

³⁵ Gerald HECKMAN, « Principes de justice fondamentale », JurisClasseur Québec, coll. « Droit constitutionnel », *Charte canadienne : droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et justice fondamentale*, fasc. 10, Montréal, LexisNexis Canada, n° 48, à jour du 1^{er} juin 2016 (LAd/QL).

³⁶ Néanmoins, à l'heure actuelle, au regard du critère de l'existence d'une véritable conséquence pénale, le principe est seulement applicable de manière potentielle en cas de risque de condamnations multiples pour des amendes. Voir *infra*, II, A, 1), a).

concept de double péril. Il convient ainsi, après l'examen du fondement textuel de la prohibition des condamnations multiples, de mieux circonscrire son fondement matériel dans l'optique d'en définir la juste portée.

B- Le fondement matériel incertain de la règle de prohibition des condamnations multiples

Une multitude de fondements possibles pour la règle de prohibition des condamnations multiples. Quelle est la raison d'être de la prohibition des condamnations multiples? Se rattache-t-elle à un autre principe ou constitue-t-elle sa propre référence? Quelques pistes de réflexions sont ouvertes, mais il est difficile d'apporter une réponse unanime. Nous exposerons et discuterons donc ci-dessous chaque principe auquel l'interdiction des condamnations multiples peut être reliée, soit la protection contre le double péril (1), la règle *Transit in rem judicatam* (2), la chose jugée (3), la règle *Nemo debet bis puniri pro uno delicto et nemo bis vexari* (4) ainsi que la protection contre l'abus du droit de punir de l'État (5).

1) La protection contre le double péril

La protection contre le double péril, fondement commun à plusieurs défenses. Le double péril est régulièrement mentionné comme un concept général qui se décline en plusieurs règles distinctes. C'est ainsi que les défenses d'autrefois convict et d'autrefois acquit, l'interdiction des condamnations multiples consacrée dans les arrêts *Kienapple* et *Prince* de même que l'*issue estoppel* (ou chose jugée au sens stricte) trouvent une origine commune dans le principe interdisant de mettre un accusé dans une situation de double péril³⁷. On relève également souvent l'idée que l'article 11 h) de la Charte canadienne offre « une protection contre le double péril³⁸ ». Ce dernier serait donc le fondement matériel de l'interdiction des condamnations multiples. Celle-ci empêche en effet un accusé de se trouver dans une situation de double péril pour laquelle il n'était pas protégé par les

³⁷ R. c. *Van Rassel*, préc., note 25, 233.

³⁸ *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 24, par. 33.

autres règles citées. La règle de l'arrêt *Kienapple* renforce la protection contre le double péril. Cependant, pouvons-nous simplement affirmer que la protection contre le double péril, en tant que règle générale, est le fondement matériel de la prohibition des condamnations multiples? Cela ne nous fait guère plus avancer si l'on ne cherche pas à connaître un peu plus le concept de double péril. La question du fondement matériel de la prohibition des condamnations multiples se reporte alors sur le concept de double péril. Deux problèmes surgissent. Le premier concerne la signification du double péril et la raison d'être de la protection contre le double péril. Le second est celui de la spécificité de l'interdiction contre les condamnations multiples par rapport aux autres règles qui protègent contre le double péril. Pour apporter quelques éclaircissements, nous expliquerons les différences entre les trois règles après avoir précisé le concept de double péril.

Le double péril : concept incertain. De l'aveu du juge Wagner, le double péril n'est pas un concept très éclairant lorsqu'il faut étudier l'article 11 h) de la Charte canadienne. Dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Whaling*³⁹, il précise que « le fait d'associer l'al. 11 h) au double péril ne règle pas pour autant la question de son objet, puisque la définition même de “double péril” ne fait pas l'unanimité ». Il cite alors les propos d'un auteur qui, analysant la question, considère ceci :

[E]n droit canadien, il n'existe assurément pas de règle absolue sur le double péril. Il s'agit d'un sujet d'une grande complexité et plein de subtilités qui aurait certainement besoin d'être clarifié. La loi prévient l'abus de multiples procès visant un même [...] acte, mais aussi de multiples peines. Le souci d'agir pour éviter la double peine tient à une considération différente qui a plutôt rapport au caractère équitable d'une peine proportionnée [...].

Faut-il alors faire la différence, comme l'auteur cité⁴⁰, entre la protection contre la pluralité de poursuites et la pluralité de peines? La

³⁹ *Id.*, par. 34.

⁴⁰ Don STUART, *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2010, cité par le juge Wagner dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 24, par. 34.

jurisprudence ne va pas en ce sens. Elle considère plutôt la protection contre le double péril comme fondement commun aux deux situations. Cette protection se manifeste de plusieurs façons.

Les situations juridiques visées par la protection générale contre le double péril. La protection contre le double péril est traduite sur le plan constitutionnel par l'article 11 h) de la Charte canadienne. Ce dernier énonce le droit communément désigné comme celui « de ne pas être jugé deux fois pour une même infraction⁴¹ » ou de ne pas être « puni⁴² » deux fois pour la même infraction : autrement dit, il permet les défenses d'« autrefois acquit » et d'« autrefois convict ». Cependant, la protection contre le double péril inclut également les défenses d'« *issue estoppel* » ainsi que dans la règle reconnue dans l'arrêt *Kienapple*. Prévu dans le *Code criminel*⁴³, les défenses d'autrefois convict et d'autrefois acquit nécessitent que l'accusé démontre qu'il a déjà fait l'objet d'une décision de condamnation ou d'acquittement pour la même infraction, ou une infraction incluse, que celle pour laquelle il est poursuivi. La nouvelle poursuite et la décision antérieure doivent se baser sur les mêmes faits matériels. Pour cela, « il suffit de démontrer que l'accusé aurait pu être reconnu coupable, lors du premier procès, de l'accusation à laquelle il fait maintenant face ». L'*issue estoppel* est une règle selon laquelle un tribunal ne doit pas juger une question déjà entendue et tranchée par un autre tribunal⁴⁴. C'est l'hypothèse de la chose jugée au sens le plus strict. Elle suppose une identité de parties. Quant à l'arrêt *Kienapple*, il établit la règle selon laquelle une personne accusée ne peut pas être reconnue coupable d'une seconde accusation dès lors qu'elle l'a été d'une première dans la même affaire⁴⁵. Cette règle complète celles qui ont été énoncées précédemment. C'est la

⁴¹ M. PILON, préc., note 26.

⁴² *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, 734.

⁴³ Art. 607 et 795 C.cr.; *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1, art. 184 (1).

⁴⁴ Ce principe est reconnu dans l'arrêt *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798.

⁴⁵ Sont ici visés, en l'espèce, le viol et les rapports sexuels illicites (car avec une mineure de 14 ans) selon les articles 143 et 146 (1) C.cr. (1988). Cependant, cela s'appliquerait aussi aux cas du vol et du recel ou de la conduite avec facultés affaiblies et du dépassement de la limite autorisée d'alcool au volant : M. PILON, préc., note 26. En revanche, cette règle ne s'applique pas lorsqu'il y a eu une pluralité de victimes : *R. c. Prince*, préc., note 2.

règle de prohibition des condamnations multiples. Cela ne signifie pas, selon la Cour suprême, que le Parlement ne peut pas prévoir plusieurs textes d'incrimination pour un comportement identique mais plutôt que, sauf intention claire du législateur en ce sens, il ne faut pas que la personne puisse être condamnée sur la base de ces différents textes pour le même comportement⁴⁶. Cette règle a vocation à s'appliquer tant entre des infractions de même nature (criminelle, réglementaire, etc.) qu'entre des infractions de nature différente. Elle entre en jeu lorsque les autres défenses ne conviennent pas, généralement parce que la qualification juridique des faits n'est pas identique entre les deux poursuites. C'est donc une règle d'application subsidiaire mais plus large, car elle ne nécessite pas de constater d'exactes similitudes entre deux séries d'accusations portées, que ce soit entre les qualifications retenues ou les questions que le juge a dû trancher. C'est là tout l'apport de la règle de prohibition des condamnations multiples : il est alors question d'empêcher les poursuites multiples pour des faits matériellement identiques, et ce, même s'ils ne sont pas juridiquement qualifiés de manière parfaitement identique. Cette règle renforce ainsi la protection contre le double péril.

La précision de la définition du double péril à partir de ses règles d'application. À partir des règles techniques d'application de la protection contre le double péril, nous constatons que le double péril est une situation dans laquelle un accusé risque d'être condamné au moins deux fois en raison d'une violation matériellement unique de la loi, qualifiée de manière identique ou presque par le droit. Cependant, toutes les situations ne sont pas prévues. Il faut que la situation de l'accusé entre dans l'un des cas cités. Le rôle de l'interdiction des condamnations multiples est donc de venir renforcer la protection contre le double péril en élargissant les cas où l'accusé ne peut pas se voir condamné plus d'une fois. En ce sens, le rattachement de la règle de l'arrêt *Kienapple* à l'article 11 h) de la Charte canadienne serait plus pertinent que la qualification de principe de justice fondamentale. En effet, que le justiciable encoure plusieurs sanctions privatives de liberté ou plusieurs sanctions pécuniaires, il n'en sera pas moins soumis à un double péril. La protection contre le double péril n'est

⁴⁶ *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, 753.

aucunement limitée au risque de condamnations multiples pour des sanctions d'une nature spécifique.

Pourquoi apparaît-il alors nécessaire de protéger une personne en situation de double péril? Les réponses se trouveraient du côté des autres fondements qui sont invoqués à propos de l'interdiction des condamnations multiples et qui pourraient aussi s'avérer utiles pour déterminer le fondement de la protection contre le double péril. La décision *Kienapple* se réfère elle-même à différentes règles en rapport avec le principe qu'elle pose. Par exemple, elle rejette l'application de la règle *Transit in rem judicatam*.

2) Le rejet de la règle *Transit in rem judicatam*

Transit in rem judicatam : règle inadaptée aux qualifications juridiques distinctes. Selon le juge Laskin, la règle *Transit in rem judicatam* ne peut pas être appliquée dans le cas de poursuites consécutives pour le même fait matériel différemment qualifié. Il conviendrait ainsi de limiter l'application de cette règle à une identité de qualification juridique de l'infraction ou à une identité sur la question juridique tranchée, car elle pose un principe d'irrecevabilité à remettre en cause une question déjà jugée. Selon le juge Laskin, ce serait plutôt la notion de chose jugée qui exprimerait « le mieux la théorie qui empêche des condamnations multiples pour le même délit, même si la chose ou l'affaire sert de fondement à deux infractions distinctes⁴⁷ ».

3) La chose jugée

Conception large de la chose jugée. La chose jugée apparaît au juge Laskin, dans la décision *Kienapple*, plus large et donc davantage susceptible d'embrasser la question que la règle *Transit in rem judicatam*. Notons que l'*issue estoppel* est impropre pour empêcher une déclaration de culpabilité supplémentaire pour une autre infraction, de même que la défense d'autrefois convict dans son appréhension stricte. En faveur de l'interprétation large de la chose jugée le juge Laskin se réfère à deux

⁴⁷ *Id.*, 748.

auteurs pour lesquels « en tant que thèse générale la chose jugée s’attache uniquement à la question de savoir si une question a été décidée, et non à celle de savoir en faveur de qui elle l’a été⁴⁸ ». Elle ne nécessite donc pas l’identité des parties. Sans plus développer sur ce point, le juge Laskin semble faire un lien étroit entre la chose jugée et la règle *Nemo debet bis puniri pro uno delicto, nemo bis vexari*, que nous verrons plus bas.

Une conception discutée de la chose jugée. Le rattachement de la prohibition des condamnations multiples à la chose jugée est mis de côté dans l’arrêt *Prince*. Le juge en chef Dickson préfère alors se référer directement à l’énonciation de la règle sans passer par l’idée de chose jugée car, à son avis, cela donnerait à cette dernière un sens nouveau⁴⁹. Il précise qu’une jurisprudence antérieure interdisait les déclarations de culpabilité multiples dans des circonstances déjà un peu différentes des critères de l’autrefois acquit ou l’autrefois convict ou de l’article 11 du *Code criminel*. Il invoque l’idée qu’« un accusé ne doit pas être assujéti sans raison valable à des déclarations de culpabilité multiples à l’égard d’un seul délit criminel ». La chose jugée étant sujette à débat, la règle *Nemo debet bis puniri pro uno delicto, nemo bis vexari*, avec laquelle le juge Laskin lie la chose jugée, s’avérera-t-elle plus éclairante?

4) **La référence à la règle *Nemo debet bis puniri pro uno delicto, nemo bis vexari***

Signification de la règle Nemo debet bis puniri pro uno delicto et nemo bis vexari. L’arrêt *Kienapple* se réfère principalement à la règle *Nemo debet bis puniri pro uno delicto*⁵⁰ comme origine de l’interdiction des condamnations multiples pour les mêmes faits. Le juge précise que, initialement rédigé en termes de « double punition », cet énoncé « en est venu à être compris comme dirigé aussi contre les déclarations de culpabilité doubles ou multiples » et qu’il peut finalement s’appliquer

⁴⁸ La citation est tirée des motifs du juge Laskin dans l’arrêt *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, 748. Le juge Laskin se réfère directement aux propos de Norval MORRIS et Colin HOWARD, “Rex Judicata in the Criminal Law”, *Studies in Criminal Law*, Clarendon Press: Oxford University Press, 1964, p. 252.

⁴⁹ *R. c. Prince*, préc., note 2, par. 13.

⁵⁰ *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, 745.

comme étant *nemo bis vexari*⁵¹. Il n'est donc pas seulement question de ne pas condamner à plusieurs peines mais aussi de ne pas prononcer plusieurs déclarations de culpabilité, ce qui change de manière favorable la situation de l'accusé, car celui-ci n'aura alors à son actif qu'un seul chef de condamnation. Le juge Laskin applique donc à l'espèce le principe *bis vexari*⁵².

Finalement une dernière piste de réflexion est présentée. Le juge relève en effet que Morris et Howard précisent que la source du principe *bis vexari*, appliqué contre les poursuites consécutives, est « le pouvoir qu'a la cour de protéger une personne contre l'abus du pouvoir de poursuivre et de punir que possède le ministère public⁵³ ».

5) La protection contre l'abus du droit de punir de l'État

La protection contre l'abus du droit de poursuivre et de punir du ministère public. Le législateur n'est pas limité dans son pouvoir créateur d'infractions. Il peut ainsi concevoir autant d'infractions qu'il le souhaite dès lors qu'elles entrent dans son champ de compétence. Plusieurs qualifications pourraient donc s'appliquer pour le même comportement. Un individu pourrait être poursuivi en fonction de différentes qualifications pour le même comportement et condamné autant de fois qu'il y aurait de qualifications, alors même qu'il n'aurait matériellement réalisé qu'un seul acte de violation. La répression serait sans fin. Finalement, la prohibition des condamnations multiples offrirait une protection contre l'abus du droit de punir de l'État, abus rendu possible en amont par l'absence d'une

⁵¹ Le juge Laskin souligne cette évolution notamment par l'arrêt *Cox et Paton c. La Reine*, [1963] R.C.S. 500. Il était question en l'espèce de deux chefs d'inculpation de complot en vue de commettre un vol et de complot en vue de frauder portant sur les mêmes deniers et valeurs. Le juge responsable de l'affaire ayant estimé que, si les deux chefs étaient maintenus, l'accusé « serait déclaré coupable deux fois pour la même infraction », car il s'agissait du « même complot ». Selon le juge Laskin, l'expression « même infraction » dans cette affaire doit être entendue dans le sens plus large de « même chose ».

⁵² *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, 752.

⁵³ *Id.*

limitation dans le pouvoir législatif de créer des infractions⁵⁴ et caractérisé en aval par l'inflation de la législation punitive, pénale et extrapénale.

La lutte contre l'inflation législative : objet particulier de la prohibition des condamnations multiples. La lutte contre l'inflation législative, si elle ne constitue pas le fondement premier de la règle étudiée, permet de justifier la nécessité de la prohibition des condamnations multiples par rapport aux autres défenses qui assurent également une protection contre le double péril. Les défenses d'autrefois acquit et d'autrefois convict ainsi que l'*issue estoppel* offrent une protection contre la possibilité que la poursuite recommence indéfiniment une procédure pour la même qualification ou la même question juridique lorsque l'issue du procès ne l'a pas satisfaite. Il faut garantir l'autorité des décisions de justice, la sécurité juridique et la confiance dans la justice. La règle de l'arrêt *Kienapple*, quant à elle, protège contre l'inflation législative et le pouvoir de répression potentiellement infini du législateur en limitant les pouvoirs de la poursuite et des juges. Cette règle s'avère donc d'autant plus pertinente dans un contexte d'extension de la répression qui caractérise le droit contemporain⁵⁵. Le juge Wagner précise ainsi, dans le contexte des valeurs mobilières, que la préservation du droit fondamental consacré à l'article 11 h) de la Charte canadienne, soit de ne pas être condamné plus d'une fois pour le même acte, « se complique dans notre environnement juridique en raison de la macédoine de législations provinciales et fédérales qui se chevauchent ou qui partagent, à certains égards, le même champ de compétence⁵⁶ ».

Conclusion. Bien qu'il soit difficile de trancher définitivement la question du fondement ou la source de la règle de l'arrêt *Kienapple*, nous pouvons cependant la considérer comme une application particulière de la protection contre le double péril, dont la raison d'être spécifique consiste à

⁵⁴ *Id.*, 753 : « Le pouvoir du Parlement de créer deux infractions distinctes à propos de la même chose n'est pas contesté. »

⁵⁵ Sur la question de « l'inflation de la sanction » et de la nécessité subséquente de veiller à la garantie des droits fondamentaux des citoyens, voir Julie DESROSIERS et Pierre RAINVILLE, « Remarques liminaires sur les dérives et évolutions du droit pénal », (2009) 50 *C. de D.* 455, 455, 465 et 466.

⁵⁶ *R. c. Lacroix*, préc., note 5, par. 26.

éviter l'abus du droit de punir de l'État. L'application de la règle de prohibition des condamnations multiples, notamment dans le contexte des valeurs mobilières, est-elle pour autant réalisée en ce sens?

À partir de la détermination des fondements de l'interdiction des condamnations multiples, nous en exposerons les critères et les apprécierons.

II- Les critères de la règle de prohibition des condamnations multiples

Applicabilité et application de la règle de prohibition des condamnations multiples. La règle de prohibition des condamnations multiples est soumise à deux séries de critères. La première est directement liée à l'application de la règle. Les critères visés permettent de dire si, dans une espèce donnée, la pluralité de jugements ou de condamnations pour les mêmes faits doit être empêchée en vertu de la prohibition. La seconde série de critères est à étudier dans la perspective d'un rattachement de la règle dégagée de l'arrêt *Kienapple* à l'article 11 h) de la Charte canadienne. Ils permettent de savoir si ledit article pourrait être invoqué par un requérant qui se trouverait dans une situation de double péril. Ces critères viendraient en réalité délimiter le contexte dans lequel s'appliquerait éventuellement la règle de prohibition des condamnations multiples. Ils sont donc à préciser en premier lieu. Il convient ainsi de faire la différence entre l'applicabilité de la norme ou, autrement dit, son champ d'application, déterminée par les critères de l'arrêt *R. c. Wigglesworth* (A), et son application selon les critères des arrêts *Kienapple* et *Prince* (B).

A- Le champ d'application de la règle *Kienapple* rattachée à l'article 11 h) de la Charte canadienne des droits et libertés

Champ d'application de l'article 11 h) de la Charte canadienne.
Le champ d'application de l'article 11 h) de la Charte canadienne est

doublement déterminé, soit par les termes « inculpé⁵⁷ » et « infraction⁵⁸ ». Les deux sont liés dans la mesure où l'inculpé se définit, selon l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, comme la personne « que l'état poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces⁵⁹ » et « aux procédures qui entraînent des conséquences pénales⁶⁰ ». Le champ d'application de l'article 11 h) est finalement celui de l'article 11 dans son ensemble. Ainsi, les personnes poursuivies pour les infractions criminelles et les infractions de droit pénal réglementaire sont, par nature, des inculpés qui ont droit à la protection de l'article 11 h)⁶¹. Cependant, une personne sera également considérée comme inculpée lorsqu'elle sera poursuivie en vertu d'une infraction d'une autre nature, qu'elle soit civile, administrative ou disciplinaire, dès lors que celle-ci peut entraîner « une véritable conséquence pénale⁶² ». Le champ d'application de l'article 11 s'étend ainsi potentiellement au-delà du droit pénal. Deux critères, directement liés à la définition de la notion d'inculpé, permettent donc l'applicabilité de la règle de prohibition des condamnations multiples. La nature criminelle ou quasi criminelle de l'infraction ou plus précisément de sa procédure (1) et, à défaut, la nature pénale de la sanction à des manquements de nature non criminelle (2).

⁵⁷ Ce terme se trouve au début de l'article 11 de la Charte canadienne, préc., note 9, avant l'énoncé des différents alinéas : il concerne le champ d'application de tous les droits énoncés dans l'article.

⁵⁸ Le terme « infraction » apparaît directement dans l'article 11 h) et conditionne donc plus précisément, en principe, l'applicabilité du droit énoncé; cependant, il se trouve aussi dans certains autres droits de l'article 11.

⁵⁹ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 23, par. 16, motifs des juges Dickson (alors juge en chef), Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

⁶⁰ *Id.*, par. 19.

⁶¹ *Id.*, par. 23.

⁶² *Id.*, par. 24. Ces principes ont été récemment réaffirmés dans plusieurs arrêts : *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, par. 41 et 44; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 24, par. 44.

1) Le critère de la procédure criminelle par nature

Détermination de la nature procédurale d'une affaire. Selon la jurisprudence, il existe des procédures pour lesquelles l'article 11 de la Charte canadienne s'applique par nature : les affaires criminelles et pénales. Il est donc important de déterminer la nature procédurale d'une affaire (a). Voilà pourquoi la jurisprudence a précisé certains critères (b).

a) L'importance de la nature procédurale de l'affaire

Assujettissement des affaires de nature publique à l'article 11 h) de la Charte canadienne. Il existe, selon la Cour suprême, des affaires ou des procédures de « nature publique » qui ont pour objet de « promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique ». Elles relèvent de l'article 11 de la Charte canadienne par leur « nature même »⁶³. Sont ainsi des affaires ou des procédures de nature publique celles qui se rattachent au droit criminel et au droit pénal réglementaire⁶⁴. Se trouvent alors exclues, *a priori*, du champ de l'article 11 h), les violations de la loi qui ne sont pas qualifiées d'infractions criminelles ou pénales réglementaires ou qui ne sont pas poursuivies selon les procédures criminelles ou pénales réglementaires.

Absence d'assujettissement des affaires de nature privée, interne ou disciplinaire à l'article 11 h) de la Charte canadienne. Ne sont pas soumises à l'application de l'article 11 h) de la Charte canadienne les « affaires privées, internes ou disciplinaires qui sont de nature réglementaire, protectrice ou corrective et qui sont principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée et limitée⁶⁵ ». En ce sens, la procédure administrative ou la sanction qui peut être prononcée à la suite d'un recours civil ne relève pas

⁶³ R. c. *Wigglesworth*, préc., note 23, par. 23.

⁶⁴ *Id.*, par. 16 et 23 : « toutes les poursuites relatives à des infractions criminelles aux termes du Code criminel et à des infractions quasi criminelles que prévoient les lois provinciales sont automatiquement assujetties à l'art. 11. C'est le genre même d'infractions auxquelles l'art. 11 était destiné à s'appliquer. »

⁶⁵ *Id.*, par. 23.

automatiquement de l'article 11 h). C'est pourquoi « les procédures engagées pour déterminer l'aptitude à obtenir ou à conserver un permis » et « les procédures de nature administrative engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d'une loi ne sont pas non plus le genre de procédures relatives à une "infraction", auxquelles s'applique l'art. 11 »⁶⁶. Par exemple, les manquements au *Code de discipline de la Gendarmerie royale du Canada (GRC)* ne sont pas des infractions au sens de l'article 11 h), car ce code est « conçu pour réglementer la conduite dans une sphère d'activité limitée et privée, c.-à-d. la conduite relative à la position d'une personne à titre de membre de la G.R.C.⁶⁷ ». Les pénalités infligées au titre de l'article 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶⁸ ne relèvent pas non plus d'une procédure de nature criminelle. La protection accordée au titre de l'article 11 de la Charte canadienne ne trouvant donc pas à s'appliquer à n'importe quel type de poursuite, il est important de déterminer la nature procédurale d'une affaire. La décision *Martineau c. M.R.N.*⁶⁹ apporte quelques éléments pour préciser les critères de la nature procédurale d'une affaire.

b) Les critères de la nature procédurale de l'affaire

Nécessité de définir des critères. Il est important de déterminer des critères pour qualifier la nature procédurale d'une affaire. En effet, la décision *Wigglesworth* établit des catégories de matières qui ne se rattachent pas, en principe, à l'article 11 h) de la Charte canadienne. Cependant, la Cour suprême ajoute dans l'arrêt *Martineau* qu'il ne faut pas s'en tenir à la seule « analyse fondée sur la catégorie », mais plutôt appliquer « des principes généraux⁷⁰ ». Par exemple, si une affaire est de nature disciplinaire, on se doit quand même de vérifier que sa procédure est bien, elle aussi, de nature disciplinaire et non criminelle.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*, par. 26.

⁶⁸ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.).

⁶⁹ *Martineau c. M.R.N.*, [2004] 3 R.C.S. 737.

⁷⁰ *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3.

À ce titre, la Cour suprême précise que c'est effectivement la nature de la procédure qui importe et non l'acte à l'origine de la poursuite⁷¹. Qu'un acte faisant l'objet d'une poursuite disciplinaire puisse aussi être l'objet d'une poursuite criminelle ne transforme pas la procédure disciplinaire en procédure criminelle⁷². Ainsi, les aspects matériels et moraux de la conduite sanctionnée ne sont pas des critères pour déterminer la nature procédurale d'une affaire⁷³.

La Cour suprême propose plutôt trois critères pour évaluer la nature procédurale d'une affaire : les objectifs de la loi (1), le but visé par la sanction (2) et le processus menant à la sanction (3)⁷⁴.

(1) Les objectifs de la loi

Définition du premier critère. De prime abord, les juges s'interrogent sur l'objectif global de la loi objet du manquement et, plus particulièrement, sur l'objectif de l'article qui fonde la poursuite. Ils ne définissent pas vraiment ce critère, mais l'on comprend, par les différents exemples tirés de la jurisprudence⁷⁵, qu'ils cherchent notamment à savoir si

⁷¹ *Id.*, 18 et 19.

⁷² *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 69, par. 30 et 31.

⁷³ *Guindon c. Canada*, préc., note 62, par. 71 et 72, où l'on précise que l'exigence d'un élément moral dans le manquement poursuivi, même élevé, n'est pas en soi un élément qui caractérise la nature criminelle de l'affaire, car celle-ci est déterminée à partir de la poursuite et non de la conduite sanctionnée. C'est pourquoi « la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable en défense ou l'exigence d'un élément moral n'enlève rien à la nature administrative de la sanction ».

⁷⁴ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 69, par. 24.

⁷⁵ Voir, par exemple, l'arrêt *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 68, pour une application en matière douanière s'agissant de la procédure de confiscation compensatoire des articles 124 à 126 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, c. 1 (2^e suppl.); *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, en matière de réglementation de la conduite automobile, s'agissant du Régime d'interdiction automatique de conduire de la Colombie-Britannique; *R. c. Shubley*, préc., note 70, en matière disciplinaire carcérale, pour une sanction consistant en un isolement cellulaire de 5 jours et un régime alimentaire réduit. Dans aucun de ces cas, la procédure n'a été qualifiée de procédure criminelle, ni la sanction considérée comme une véritable conséquence pénale.

la loi réglemente et contrôle certaines activités particulières ou si elle a pour but plus général de protéger la société contre un comportement qui atteint une valeur fondamentale. Peu importe pour les juges que le même comportement ait pu donner lieu à un tout autre mode de poursuite plus sévère de nature pénale, il faut comprendre que la loi est globalement administrative. La présence de mécanismes pénaux de sanctions dans la loi ne permet pas de la qualifier de pénale ni de changer la nature des poursuites entreprises sur le fondement des mécanismes non pénaux.

Exemple en matière fiscale. Il a été jugé que la production de faux énoncés en contravention à l'article 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était de nature administrative, son « but ultime étant l'obtention de recettes par l'État⁷⁶ ». De plus, sa sanction fait partie des mesures administratives prises en vertu d'une section appelée « Déclarations, cotisations, paiement et appels », lesquelles font l'objet de cotisations établies par l'Agence du revenu du Canada et non d'une poursuite devant une cour de juridiction criminelle⁷⁷. Enfin, la nature administrative se déduit de l'objectif de la procédure en cause, soit « promouvoir l'honnêteté des spécialistes en déclarations et [...] les dissuader de commettre une faute lourde ou un acte encore plus grave, ce qui est essentiel dans le cadre d'un système d'autocotisation⁷⁸ » et non amener la personne « à rendre compte à la société » d'une conduite « contraire à l'intérêt public »⁷⁹.

Conclusion sur le critère de l'objet de la loi. Ainsi, la définition d'un critère semblait finalement peu utile. À partir du moment où le texte fondant la poursuite n'était pas inclus dans les mesures directement définies comme pénales par le législateur, il n'a pu être qualifié de pénal, alors que le choix de la voie de poursuite aurait pu être tout autre pour le même comportement. En recherchant l'objet de la loi, la Cour suprême, qui souhaitait appliquer des principes généraux et voir au-delà des catégories, ne fait en réalité qu'appliquer lesdites catégories. La nature procédurale d'une affaire demeure donc bien qualifiée en fonction d'une catégorie

⁷⁶ *Guindon c. Canada*, préc., note 62, par. 54.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*, par. 62.

⁷⁹ *Id.*, par. 45.

législative prédéfinie. Cependant, le raisonnement sur la nature procédurale d'une affaire est complété par une analyse un peu plus précise de la sanction encourue ou infligée.

(2) Le but visé par la sanction

Définition du deuxième critère. Cette fois, il est question de savoir si la sanction poursuit les objectifs de la peine tels que les détermine le *Code criminel* à l'article 718⁸⁰, notamment la réparation d'un tort causé à la société. En effet, si la sanction en cause poursuit lesdits objectifs, il serait logique de qualifier la procédure de criminelle. À ce titre, la Cour suprême distingue entre l'objet de la sanction et son effet potentiellement punitif. Ainsi, le seul effet punitif d'une sanction n'est pas suffisant pour qualifier une procédure de procédure criminelle dès lors que son objet même n'est pas punitif⁸¹. Si la détermination de la sanction se fait sans égard aux objectifs et aux principes existant en matière criminelle, la nature procédurale n'est pas criminelle.

Application du critère. Par exemple, la confiscation en vertu de la *Loi sur les douanes* n'a pas d'objet punitif dans la mesure où elle tend à en garantir le respect « en dotant les agents des douanes de moyens rapides et efficaces d'en assurer l'application⁸² ». Son effet dissuasif n'est pas suffisant pour une qualification de procédure criminelle dans la mesure où il se révèle inhérent à tout mécanisme de sanctions, administratif, civil ou disciplinaire. Les mécanismes de sanctions existent toujours dans le but de renforcer l'application d'une norme en décourageant les manquements à celle-ci⁸³. Enfin, la détermination de cette sanction ne se fait pas dans un contexte semblable à celui du droit criminel⁸⁴. Les principes de détermination de la peine – soit la proportionnalité de la sanction à la gravité

⁸⁰ L'article 718 du *Code criminel* énumère les objectifs de dénonciation du comportement (a), de dissuasion générale et spéciale (b), d'isolement (c), de réinsertion sociale (d), de réparation des torts causés à la société et à la victime et, enfin, de conscientisation (e).

⁸¹ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 69, par. 37.

⁸² *Id.*, par. 36.

⁸³ *Id.*, par. 38.

⁸⁴ *Id.*, par. 39.

de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, l'adaptation de la nature et du quantum de la sanction aux circonstances aggravantes et atténuantes de même que le respect du principe d'harmonisation des peines, de totalité et de modération⁸⁵ – ne sont pas pris en considération pour fixer la confiscation compensatoire. Il en a été jugé de même pour les pénalités administratives conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸⁶, ou pour des interdictions de conduire et des sanctions pécuniaires du Régime d'interdiction automatique de conduire de la Colombie-Britannique⁸⁷.

Intérêt du critère. Le deuxième critère peut être intéressant même si, dans les exemples donnés, sa définition n'a pas permis aux procédures engagées d'être qualifiées de procédure criminelle. En effet, nous pouvons déduire de sa définition qu'une sanction civile, administrative ou disciplinaire qui serait fixée en fonction de critères analogues à ceux du droit criminel pourrait entraîner une qualification de procédure criminelle. Cela permettrait alors effectivement de sortir de l'analyse par catégorie pour aller au-delà des apparences des qualifications législatives⁸⁸. C'est enfin le critère du processus de sanction qui aide à déterminer la nature procédurale d'une affaire.

(3) Le processus menant à la sanction

Définition du troisième critère : éléments propres à un processus criminel de sanctions. Une procédure de nature criminelle comporte des indicateurs spécifiques. Ceux-ci sont par exemple l'arrestation, l'inculpation, la détention, la comparution devant une cour de juridiction pénale, l'existence d'un casier judiciaire aux termes de la condamnation⁸⁹. À ce titre, une procédure criminelle emploie des termes spécifiques comme

⁸⁵ Voir les articles 718.1 et 718.2 C.cr.

⁸⁶ *Guindon c. Canada*, préc., note 62.

⁸⁷ *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, préc., note 75, par. 43.

⁸⁸ Une note de scepticisme ne saurait être exclue dans la mesure où, nous le verrons, l'utilité de ce critère peut être discutée. En effet, il apparaît dans l'étude de la notion de véritable conséquence pénale, critère alternatif à celui de procédure criminelle.

⁸⁹ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 69, par. 45.

« culpabilité », « acquittement », « acte d'accusation », « déclaration de culpabilité par procédure sommaire », « poursuivant » et « accusé », qui peuvent constituer des indices utiles⁹⁰. Il en a été décidé ainsi dans les différents exemples précédemment donnés : la confiscation compensatoire de la *Loi sur les douanes*, les pénalités administratives de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la suspension automatique de permis et les sanctions pécuniaires du RIAC. Le troisième critère permet de souligner le caractère particulièrement stigmatisant de la procédure criminelle. En l'absence de ces éléments dans le processus de sanction, la procédure ne prendra pas une qualification criminelle, probablement parce que la protection de l'article 11 n'apparaît pas nécessaire.

Que penser de ces trois critères dans le contexte du droit des valeurs mobilières?

- c) L'application du critère dans le domaine du droit des valeurs mobilières

Le droit des valeurs mobilières : propice aux cumuls? La *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit des sanctions administratives pour différents manquements mais également des infractions pénales réglementaires. De plus, le *Code criminel* est applicable à certains égards. D'une part, celui-ci contient des infractions générales parfois applicables à des comportements qui peuvent aussi constituer des manquements à la *Loi sur les valeurs mobilières*. D'autre part, y ont été créées des infractions propres au domaine des valeurs mobilières. Il existe donc un fort potentiel dans ce domaine que plusieurs poursuites soient prises à l'encontre d'une seule personne pour le même acte matériel. D'abord, les cas de cumul de poursuites peuvent être nombreux en raison de la coexistence des sanctions administratives, pénales réglementaires et criminelles. Ensuite, les infractions pénales réglementaires englobent en fait toutes les dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières*, car toute contravention à cette dernière ou à ses règlements constitue une infraction⁹¹. Ainsi, une contravention qui pourrait

⁹⁰ Guindon c. Canada, préc., note 62, par. 63.

⁹¹ Art. 202 et 203 L.v.m.; Audrey LETOURNEAU, « Criminalité financière », JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Valeurs mobilières*, fasc. 15,

faire l'objet d'une sanction administrative⁹² serait également susceptible d'être l'objet d'une sanction pénale réglementaire. En outre, l'infraction criminelle de fraude est d'une compréhension large et peut donc englober un certain nombre de comportements déjà susceptibles d'être pénalement qualifiés sur le fondement de la *Loi sur les valeurs mobilières*⁹³. Les cumuls de poursuites entre cette loi et le *Code criminel* sont donc faciles à imaginer⁹⁴. Enfin, plusieurs infractions criminelles ont des intitulés ou des libellés proches d'infractions réglementaires et seraient donc susceptibles d'être retenues à l'encontre du même comportement. Pensons, par exemple, aux usages d'informations privilégiées et au délit d'initié au titre des articles 187 à 190 de la *Loi sur les valeurs mobilières* et au délit d'initié de l'article 382.1 du *Code criminel*, aux infractions de faux prospectus et de fourniture d'informations fausses ou trompeuses des articles 196 et 197 de la *Loi sur les valeurs mobilières* et aux faux prospectus de l'article 400 du *Code criminel*⁹⁵.

Traitement différencié des cumuls selon la nature des dispositions en jeu au sein de la Loi sur les valeurs mobilières. Les sanctions administratives et pénales édictées par la *Loi sur les valeurs mobilières* ne recevront pas le même traitement à l'égard de la règle de prohibition des condamnations multiples. De manière générale, les poursuites et les sanctions réglementaires et criminelles font nécessairement partie du champ d'application de l'interdiction du cumul par application du critère de la nature procédurale de l'affaire. Ce sont donc des affaires de nature publique.

Montréal, LexisNexis Canada, n° 6, à jour au 1^{er} juillet 2017, par. 35 (LAd/QL); Audrey LETOURNEAU et Mario NACCARATO, « La responsabilité pénale et criminelle des prestataires de services financiers et la détermination des peines : d'hier à demain », (2010) 2 *Bulletin de droit économique* 21, 22.

⁹² L'article 273.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit que le Tribunal administratif des valeurs mobilières peut imposer une pénalité administrative à toute personne qui, par son acte ou son omission, a contrevenu ou aidé à contrevenir à une disposition de la loi ou de ses règlements.

⁹³ A. LETOURNEAU et M. NACCARATO, préc., note 91, p. 23.

⁹⁴ Voir notamment l'arrêt *R. c. Lacroix*, préc., note 5.

⁹⁵ Pour une application de l'article 11 h) de la Charte canadienne entre l'article 197 (1) de la *Loi sur les valeurs mobilières* et l'ancien article 358 du *Code criminel*, aujourd'hui 400 (1), voir l'arrêt *Québec (Commission des valeurs mobilières) c. Lévesque*, J.E. 87-1015 (C.S.).

Le cumul de poursuites ou de sanctions pénales réglementaires – soit avec d’autres sanctions de même nature, soit avec des dispositions criminelles – fera nécessairement l’objet d’un contrôle au titre des critères d’application. En revanche, au terme d’un raisonnement catégoriel, les poursuites et les sanctions administratives semblent échapper au champ d’application de la prohibition. En effet, les procédures administratives relèvent de la catégorie de procédures par nature exclue du champ d’application de l’article 11 de la Charte canadienne. Elles s’assimilent à des affaires de nature interne, privée ou disciplinaire selon la définition de l’arrêt *Wigglesworth*. Cependant, une recherche plus fine relativement aux critères de la nature procédurale aboutirait à un résultat probablement moins affirmatif.

Les poursuites sur le fondement des dispositions administratives de la Loi sur les valeurs mobilières : criminelles par nature? Tout d’abord, les objectifs de la *Loi sur les valeurs mobilières* sont *a priori* de réglementer le secteur des activités d’investissements et non de punir un individu pour une conduite qui atteint une valeur fondamentale. Le rôle de l’Autorité des marchés financiers (AMF) est notamment de veiller au bon fonctionnement des marchés en encadrant l’activité des professionnels et en protégeant les épargnants contre les pratiques déloyales, abusives ou frauduleuses⁹⁶. D’après le critère de l’objectif de la *Loi sur les valeurs mobilières*, les affaires concernant des dispositions de *cette loi* sont bien cantonnées dans un domaine restreint et réglementé. Premièrement, cet argument est à relativiser dans la mesure où le même raisonnement appliqué à l’ensemble de dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières* inclurait les dispositions pénales de cette dernière, qui font pourtant partie du domaine de l’interdiction du cumul. Deuxièmement, cette analyse ignore le fait qu’un certain nombre d’infractions concernant précisément le domaine des valeurs mobilières ont été ajoutées au *Code criminel*. En visant la protection de la confiance des épargnants, le législateur fédéral fait de celle-ci une valeur fondamentale pour la société canadienne, par-delà les réglementations provinciales en la matière⁹⁷. On peut dès lors légitimement se demander si les dispositions administratives qui tendraient à assurer également cette confiance, même sur le plan provincial, n’auraient pas

⁹⁶ Art. 276 L.v.m.

⁹⁷ A. LETOURNEAU et M. NACCARATO, préc., note 91, p. 22.

acquis une dimension publique. Ensuite, du point de vue du but de la sanction, second critère d'analyse, l'assimilation des dispositions administratives aux affaires de nature interne, privée ou disciplinaire, peut être discutée avec l'exemple des pénalités administratives⁹⁸. Il est très probable que les ordonnances rendues par le Tribunal administratif des marchés financiers ne seront pas considérées comme réparatrices ni punitives puisqu'elles sont de nature administrative et visent le bon fonctionnement des marchés de valeurs mobilières⁹⁹. De ce point de vue, il serait difficile de conclure à la nature pénale de ces pénalités prononcées par le Tribunal administratif. Pourtant cela mérite d'être discuté. D'une part, les pénalités administratives peuvent être d'un montant très élevé : chaque contravention peut faire l'objet d'une pénalité de 2 millions de dollars au maximum¹⁰⁰. D'autre part, elles ont des modalités de détermination et d'application qui les rapprochent des sanctions pénales. En effet, les éléments étudiés pour déterminer le montant de la sanction sont les suivants :

la confiance des investisseurs face aux marchés financiers, la protection des investisseurs et le bon fonctionnement du marché des valeurs mobilières; la gravité et le caractère intentionnel du geste posé; la durée des manquements reprochés; l'expérience et la réputation de l'organisation et de son dirigeant responsable; l'importance des règles de capital afin d'assurer la solvabilité des firmes dans l'industrie; la conduite antérieure de l'organisation et de son dirigeant responsable; la coopération de la firme; les pertes

⁹⁸ Art. 273.1 al. 1 L.v.m. :

Le Tribunal administratif des marchés financiers, après l'établissement de faits portés à sa connaissance qui démontrent qu'une personne a, par son acte ou son omission, contrevenu ou aidé à l'accomplissement d'une telle contravention à une disposition de la présente loi ou d'un règlement pris en application de celle-ci, peut imposer à cette personne une pénalité administrative et en faire percevoir le paiement par l'Autorité.

⁹⁹ C'est ce qu'a affirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario*, [2001] 2 R.C.S. 132, par. 43, à propos des ordonnances « rendues dans l'intérêt public » par la Commission des valeurs mobilières, sur le fondement de l'article 127 de la *Loi ontarienne sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5.

¹⁰⁰ Art. 273.1 al. 2 L.v.m.

subies par les épargnants; la vulnérabilité des clients; la dissuasion générale et l'ensemble de la preuve¹⁰¹.

Ces éléments seraient des critères utiles à la détermination de la peine en droit criminel¹⁰². De plus, le caractère personnel¹⁰³ des pénalités administratives fait écho à l'impossibilité d'une responsabilité du fait d'autrui en droit pénal contrairement à la situation en droit de la responsabilité civile. Ce mode de raisonnement tend à laisser penser que les pénalités administratives s'orientent vers la réparation d'un tort causé à la société et ont un objet punitif et pas seulement un effet punitif. Néanmoins, pour ce qui est du dernier critère, le processus menant à la sanction administrative n'est pas marqué des éléments inhérents à la procédure criminelle. En effet, nulle arrestation, inculpation, détention ou comparution devant une juridiction pénale n'est effectuée. Il n'y a aucun emploi de termes pénalement connotés. Difficile alors, de ce point de vue, de qualifier la nature pénale du processus. En conclusion, il semble possible, à certains égards, de qualifier les dispositions relatives aux pénalités administratives de procédure criminelle par nature, d'autant plus que la Cour suprême n'a jamais affirmé, à notre connaissance, que les critères étudiés étaient cumulatifs. En ce sens, ces dispositions intégreraient le champ d'application de l'interdiction du cumul des sanctions.

¹⁰¹ Louis-Martin O'NEIL, « Application de la loi », JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », Valeurs mobilières, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} juin 2017, par. 98.1 (LAd/QL), qui se réfère aux décisions suivantes : *Autorité des marchés financiers c. Demers*, 2006 QCBDRVM 17, conf. par 2007 QCCQ 6870, par. 22-30, [2007] J.Q. n° 6821; *Autorité des marchés financiers c. Gauthier et Cie, Gestion de Placements inc.*, 2007 BDRVM 0036, AZ-50456682; *AMF c. Corporation de valeurs mobilières Dundee*, 2010 QCBDRVM 18, par. 12; *Autorité des marchés financiers c. Cailloux, Dagort et Associés inc.*, 2011 QCBDR 96; *Autorité des marchés financiers c. Gestion de portefeuille Tahar Mansour inc.*, 2014 QCBDR 27, par. 163-167; *Autorité des marchés financiers c. English*, 2014 QCBDR 84, par. 107.

¹⁰² Voir les articles 718, 718.1 et 718.2 C.cr. Pour une comparaison plus précise, voir *infra*, II, A, 2), c).

¹⁰³ *Autorité des marchés financiers c. R. Beauchamp & Laplante Courtiers d'assurances inc.*, 2015 QCBDR 129, par. 129-134; *Autorité des marchés financiers c. Salanon*, 2016 QCTMF 11, par. 136-145; L.-M. O'NEILL, préc., note 101, par. 98.

Les incohérences révélées. Enfin, la différence de traitement des infractions pénales et des manquements administratifs dans le cas de la *Loi sur les valeurs mobilières* nous permet de constater la possibilité de discuter de la cohérence des critères d'applicabilité de la prohibition des condamnations multiples. En premier lieu, il faut rappeler que la distinction formelle fondée sur le partage des compétences sur le plan constitutionnel entre le droit pénal réglementaire et le droit criminel se justifie sur le fond au regard de leurs objectifs respectifs distincts. De manière générale, les infractions pénales réglementaires sont dites « contre le bien-être public », car elles visent « la protection du public contre certaines activités et comportements jugés dangereux ou nocifs et est édictée pour le bien-être collectif¹⁰⁴ ». En ce sens, les infractions pénales réglementaires qui sanctionnent les manquements à la *Loi sur les valeurs mobilières* ont un objectif avant tout préventif qui est d'« assurer le respect des normes qui y sont prescrites¹⁰⁵ ». Son aspect punitif, « qui ressort des peines sévères qui peuvent en découler », ne contribue que « de façon accessoire à la raison d'être de cette loi d'encadrement du secteur financier »¹⁰⁶. C'est la différence entre « objet punitif » et « effet punitif » : le droit pénal réglementaire aurait un effet et non un objet punitif¹⁰⁷. Au contraire, « la finalité première du droit criminel consiste en le châtiment, la punition du contrevenant qui enfreint une valeur fondamentale de la société¹⁰⁸ ». Pour

¹⁰⁴ Jean TURGEON, « Introduction au droit pénal général », JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, par. 5 (LAd/QL), qui renvoie à Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 513.

¹⁰⁵ A. LETOURNEAU, préc., note 91, par. 6.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Cette distinction est elle-même sujette à débat : voir Anne-Marie BOISVERT, Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOS, « En marge de l'affaire Lacroix-Norboung : les enjeux substantifs et punitifs suscités par le double aspect, réglementaire et criminel, de certains comportements frauduleux dans le domaine des valeurs mobilières », (2009) 50 *C. de D.* 469, 475 et suiv., spéc. 480 et 481, qui précisent que « la mise en œuvre des sanctions pénales dans le domaine réglementaire marque toutefois l'échec de la prévention générale et a pour objet de punir la violation d'un interdit ».

¹⁰⁸ A. LETOURNEAU, préc., note 91, par. 6, où l'auteur se réfère à G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 104, p. 61.

autant, du point de vue de l'article 11 de la Charte canadienne, les garanties judiciaires sont applicables aux deux catégories d'infractions pénales, d'après la décision *Wigglesworth*, car elles s'appliquent aux personnes que l'État « poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives¹⁰⁹ ». L'applicabilité de l'article 11 h) de la Charte canadienne ne pose donc pas de problèmes, et les condamnations multiples sont prohibées. Nous voyons déjà poindre ici une légère contradiction, à tout le moins un manque de précision. En effet, la distinction constitutionnelle entre les infractions criminelles et pénales réglementaires n'est pas sans rappeler celle qui est faite entre les procédures de nature criminelle et les procédures de nature administrative concernant l'article 11. Si l'on se contentait de rechercher le but de la loi et des dispositions administratives, notamment des pénalités administratives dans la *Loi sur les valeurs mobilières*, on ne les trouverait pas très différentes des infractions contre le bien-être public. Ces dernières semblent être plus proches dans leur définition des sanctions administratives que des sanctions criminelles¹¹⁰. Certes, l'idée n'est pas, dans les deux cas, de répondre à la même question (constitutionnalité des infractions au regard du partage des compétences dans un cas et applicabilité de la Charte canadienne dans l'autre), mais nous percevons là quelques incohérences. Si l'on considère la nécessité d'appliquer certaines garanties aux infractions pénales réglementaires, il faut se demander si elles ne devraient pas aussi s'appliquer aux manquements administratifs qui leur ressemblent. Reste toutefois la différence marquante du processus de chacune des catégories de sanctions : cependant, peut-elle justifier à elle seule la différence de traitement qui leur est réservée alors que la Cour suprême a dégagé trois critères d'évaluation?

Selon nous, une réflexion plus approfondie sur les critères d'applicabilité de la règle de prohibition des condamnations multiples devrait être menée.

¹⁰⁹ R. c. *Wigglesworth*, préc., note 23, par. 16 et, en d'autres termes, par. 23.

¹¹⁰ Sur les difficultés de distinguer la réglementation administrative de la réglementation pénale, notamment en matière de valeurs mobilières, voir Patrick MICHEL, « Droit pénal et sanctions administratives pécuniaires : quelques considérations pour prévenir la confusion des genres et faciliter la cohabitation », dans *XXème Conférence des juristes de l'État. Redéfinir la gouvernance publique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 529.

Si la qualification de la nature procédurale de certaines sanctions administratives paraît incertaine, quand est-il de leur caractère de véritable conséquence pénale?

2) Le critère de la véritable conséquence pénale

Les développements et application du critère de la véritable conséquence pénale. L'arrêt *Wigglesworth* a défini le critère de la véritable conséquence pénale (a). Celui-ci a notamment été précisé dans la décision *R. c. Rodgers* (b). Nous verrons les conclusions que l'on peut en tirer en matière de valeurs mobilières (c).

- a) La définition de la véritable conséquence pénale fondée sur la décision *Wigglesworth*

Emprisonnement versus amende. Selon l'arrêt *Wigglesworth*, la véritable conséquence pénale s'entend de la peine d'emprisonnement ou de l'amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée¹¹¹. On comprend également par la formulation des motifs de la décision que l'emprisonnement, en tant que peine encourue, est toujours une véritable conséquence pénale, peu importe la sanction effectivement prononcée¹¹². Cela serait donc le cas, par exemple, de la sanction d'emprisonnement pour outrage au tribunal civil prévu par le *Code civil du Québec*¹¹³. L'amende en est une si son objet ou son effet est punitif¹¹⁴.

Les critères de l'amende comme véritable conséquence pénale : caractéristiques de l'objet punitif ou de l'effet punitif. Le caractère punitif de l'amende fait l'objet de différents critères d'appréciation. Nous prendrons en considération ci-dessous les aspects suivants : « [le] montant de l'amende, son destinataire, le fait que son importance tient à des

¹¹¹ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 23, par. 24.

¹¹² *Id.*, par. 24 et 26.

¹¹³ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 57-62.

¹¹⁴ *Guindon c. Canada*, préc., note 62, par. 76.

considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, et le fait que la sanction stigmatise ou non¹¹⁵ ».

Focus sur la question du montant de l'amende. Le montant de la sanction fait lui-même l'objet d'éléments d'appréciation. Il est en ce sens précisé que « l'importance de la sanction n'est pas déterminante en soi » mais que, si « le montant en cause est disproportionné à celui qui permet d'atteindre les objectifs de la réglementation, il y a lieu de penser qu'il s'agit d'une véritable conséquence pénale¹¹⁶ ». Ainsi, une sanction administrative pécuniaire peut consister en un montant très élevé sans être qualifiée de sanction pénale dès lors que ce montant est relatif à la nécessité de dissuader le manquement à la réglementation. L'importance de l'amende permet donc de savoir si elle est infligée dans le but de réparer un tort causé à la société¹¹⁷, objectif de droit criminel, ou s'il est question de garantir l'efficacité du système réglementaire, notamment en évitant les tentations de commettre des fautes lucratives¹¹⁸. Le montant de la sanction encourue peut être comparé à celui de l'amende pénale pour le même comportement : cependant, cette comparaison doit être faite non seulement au regard d'une poursuite par voie sommaire, mais aussi par rapport à une poursuite par voie de mise en accusation si elle existe¹¹⁹. En ce sens, l'argument de la supériorité de l'amende administrative en comparaison de l'amende pénale encourue ne sera éventuellement viable que si elle est vraie pour toutes les voies de poursuites pénales et non uniquement pour la poursuite par voie

¹¹⁵ *Id.*, par. 76.

¹¹⁶ *Id.*, par. 77.

¹¹⁷ *Id.*, par. 45, 75 et 76, tel que cela a été affirmé dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, préc., note 23, par. 24. La Cour suprême fait de l'importance de l'amende un indice afin de dire si le but de la sanction est la réparation du tort causé à la société et de pouvoir, le cas échéant, qualifier la véritable conséquence pénale. Cependant, le but de la sanction est également un élément d'analyse de la nature procédurale de l'affaire. La Cour suprême essaie donc d'établir différents critères dans son raisonnement sur l'applicabilité de l'article 11 h), mais elle semble tourner en rond.

¹¹⁸ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 69, par. 60.

¹¹⁹ *Id.*, par. 62.

sommaire¹²⁰. Ce raisonnement peut apparaître discutable car, pour ce qui est de la sanction, il vaut presque mieux être poursuivi au criminel que de manière administrative.

Exemples jurisprudentiels. En application de ces critères, la pénalité maximale encourue par l’auteur d’un faux énoncé sur le fondement de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, soit 100 000 dollars, plus sa rétribution brute pour cet énoncé, n’est pas une véritable conséquence pénale. La peine effectivement prononcée de 546 747 dollars en raison de l’existence de plusieurs faux énoncés ne prend pas non plus cette qualification. En effet, son importance est corrélée à son objectif de dissuasion et de promotion de l’observation du régime de l’impôt :

[Ce montant est calculé selon l’article 163.2 (5) relativement à] l’importance de l’impôt susceptible d’être évité et du gain personnel obtenu par le contrevenant, les deux devant être pris en compte pour décourager un tel acte fautif. Le montant de la pénalité est fixé sans égard aux principes généraux de détermination de la peine en matière criminelle et il n’en résulte aucune stigmatisation comparable à celle découlant d’une déclaration de culpabilité au pénal¹²¹.

La réprobation et la punition du contrevenant pour un tort causé à la société ne semblent pas être l’objectif poursuivi pour une pénalité d’un tel montant. Dans un même ordre d’idées, le paiement de 315 458 dollars exigé en vertu de l’article 124 de la *Loi sur les douanes* constitue une sanction qui a pour objet de maintenir l’efficacité des exigences douanières. Même si la somme de 315 458 dollars est supérieure à l’amende encourue dans le cas d’une poursuite par voie sommaire, l’amende maximale serait de 500 000 dollars (art. 160 b)) concernant une poursuite par voie de mise en accusation. En outre, la confiscation compensatoire « est de nature civile et

¹²⁰ *Id.* La décision ne l’affirme pas expressément, mais la précision relative au fait que le montant maximal de l’amende pour une poursuite par voie de mise en accusation est supérieur à la somme demandée en l’espèce le suggère fortement, ce qui dépasse la question de la différence de nature entre une amende et une confiscation compensatoire.

¹²¹ *Guindon c. Canada*, préc., note 62, par. 84.

purement économique ». Elle est « déterminée par un simple calcul mathématique » établi relativement à la valeur estimée des biens confisqués. Il n'y a pas de recours au principe de détermination de la peine, et la culpabilité ou l'innocence du propriétaire des biens confisqués n'est pas en jeu¹²². Que ce soit sur ses modalités ou sa procédure (une réclamation par avis écrit, l'absence de casier judiciaire, etc.), cette sanction n'emporte pas de stigmates. En l'espèce, les juges concluent que l'avis de confiscation compensatoire « n'a pas pour but de punir le contrevenant ou de susciter la réprobation sociale » et que, par conséquent, il « n'a ni l'apparence ni les caractéristiques distinctives de la « réparation d'un tort causé à la société »¹²³. Ce n'est donc pas une véritable conséquence pénale.

Questions en suspens. Des interrogations demeurent. Une amende disproportionnée par rapport à un objectif dissuasif ne peut-elle l'être que comparativement à une amende d'un montant similaire pour une infraction criminelle? Les critères de la véritable conséquence pénale sont-ils réellement différents de celui du but de la sanction dans la détermination de la nature procédurale de l'affaire? En effet, si, dans une affaire donnée, aucun des éléments discutés relativement à la sanction ne permet de qualifier d'abord une procédure criminelle par nature, peuvent-ils suffire par la suite pour qualifier une véritable conséquence pénale?

b) Quelques précisions apportées par la décision *Rodgers*

La possibilité de véritable conséquence pénale autre que l'emprisonnement et l'amende. L'arrêt *Rodgers*¹²⁴ apporte quelques précisions intéressantes sur la notion de la véritable conséquence pénale. Alors que les décisions précitées étudiaient seulement l'emprisonnement et l'amende, les juges affirment dans cet arrêt que l'interprétation libérale et téléologique de la Charte canadienne permet une compréhension plus large de la notion. Plus précisément, la Cour suprême souligne que, dans le *Code criminel*, la peine ne s'entend pas uniquement de ces deux sanctions mais des « sanctions pouvant être infligées lors de la détermination de la

¹²² *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 69, par. 62 et 63.

¹²³ *Id.*, par. 65.

¹²⁴ *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554.

peine¹²⁵ ». Il faut en déduire que la véritable conséquence pénale ne doit pas être entendue au seul sens de peine d'emprisonnement ou de peine d'amende. La Cour suprême avance cependant avec circonspection. Elle précise en effet que « cela ne signifie pas que la "peine" à laquelle renvoient les al. 11 h) et i) englobe nécessairement toute conséquence pouvant découler du fait d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle, que cette conséquence survienne ou non au moment de la détermination de la peine ». Elle ne veut pas conclure trop vite que toutes les options offertes aux juges au moment de la détermination de la peine sont automatiquement des peines aux fins de l'article 11 h) de la Charte canadienne, car elle estime que ce n'est pas son rôle d'effectuer une telle qualification en l'espèce. Elle pose donc une règle générale : « la conséquence constitue une peine lorsqu'elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu'elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine¹²⁶ ». Doit-on tout de même comprendre qu'une sanction qui serait matériellement identique à une sanction contenue dans le *Code criminel* et qui serait fixée avec des modalités analogues à celle d'une peine pourrait être qualifiée de véritable conséquence pénale au sens de l'article 11 h)? Une telle solution paraîtrait tout à fait logique. Que peut-on en tirer comme enseignements pour le droit des valeurs mobilières?

c) Des réflexions quant au droit des valeurs mobilières

Prélude. Les infractions criminelles et pénales réglementaires répondent au premier critère d'applicabilité de l'article 11 h) de la Charte canadienne. Nul besoin d'étudier leurs sanctions pour dire si elles sont de véritables conséquences pénales. Néanmoins, y faire référence se révèle utile pour étudier les sanctions administratives et savoir si ces dernières peuvent intégrer le champ d'application de la règle. Deux exemples de

¹²⁵ *Id.*, par. 62.

¹²⁶ *Id.*, par. 63. Voir également l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 24, qui analyse la notion de punition dans l'article 11 h) par rapport à une loi qui supprime la possibilité de demander une semi-liberté, reprend aussi ces critères, mais ouvre la voie à une nouvelle forme de véritable conséquence pénale en estimant que « des changements apportés rétrospectivement aux conditions de la sanction originale ayant pour effet d'aggraver la peine du délinquant (être "puni de nouveau") » peuvent constituer une seconde punition (par. 54).

sanctions administratives sont particulièrement intéressants pour illustrer les critères de la véritable conséquence pénale.

Les pénalités administratives de la Loi sur les valeurs mobilières : véritables conséquences pénales? Premièrement, le Tribunal administratif peut infliger une pénalité administrative maximale de 2 millions de dollars pour chaque contravention à la *Loi sur les valeurs mobilières* ou à ses règlements d'application¹²⁷. Le montant étant élevé, il pourrait être un indice de véritable conséquence pénale, selon la contravention précisément étudiée. En effet, l'article 202 de la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit de manière générale que toute contravention à cette loi constitue une infraction pénale passible d'une amende minimale¹²⁸, dont le plafond s'élève au montant le plus élevé entre 150 000 dollars pour les personnes physiques ou 200 000 dollars pour les autres personnes et le quadruple du bénéfice réalisé¹²⁹. Si l'on ne peut pas comparer 2 millions de dollars au quadruple des bénéfices réalisés (cela peut tout aussi bien être inférieur ou supérieur), ce montant dépasse largement la somme maximale fixe prévue de manière alternative. En revanche, pour certaines contraventions constituant des infractions pénales spécifiques, ces montants minimaux¹³⁰ et maximaux sont beaucoup plus élevés. C'est le cas, par exemple, des différentes infractions d'usage d'informations privilégiées et de délit d'initié¹³¹ ou encore de l'influence ou de la tentative d'influence sur le cours ou la valeur d'un titre¹³², de présentation d'informations fausses ou trompeuses dans divers documents¹³³. L'amende maximale encourue peut atteindre, selon le montant le plus élevé, 5 millions de dollars ou bien le

¹²⁷ Art. 273.1 L.v.m.

¹²⁸ Art. 202 L.v.m. : cette amende minimale est de 2 000 dollars dans le cas d'une personne physique et de 3 000 dollars dans le cas d'autres personnes.

¹²⁹ *Id.*; il en est de même pour les contraventions à un règlement adopté en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

¹³⁰ L'amende minimale correspond au montant le plus élevé entre 5 000 dollars, le double du bénéfice réalisé ou le cinquième des sommes investies, Art. 204 L.v.m. pour les infractions des articles 187 à 191.1 L.v.m.; art. 205 L.v.m. pour la contravention à l'article 11 L.v.m. et les infractions prévues aux articles 195.2, 196, 197 et 199.1 L.v.m.

¹³¹ Art. 187-191.1 L.v.m.

¹³² Art. 195.2 L.v.m.

¹³³ Art. 196 L.v.m.

quadruple du bénéfice réalisé ou la moitié des sommes investies¹³⁴. En comparaison, le montant de la pénalité administrative est inférieur à la moitié de l'amende pénale. Dans la situation où une pénalité administrative viendrait sanctionner un comportement identique à ces infractions pénales, le montant abstraitement très élevé de 2 millions de dollars ne suffirait pas forcément pour la qualification de véritable conséquence pénale, car il apparaît très inférieur au montant des amendes pénales réglementaires. Par rapport au droit criminel, la différence se révèle encore plus flagrante, car la majorité des infractions applicables en matière de valeurs mobilières constituent des actes criminels¹³⁵. Or aucun de ces textes ne prévoit de montant particulier pour l'amende, ce qui signifie qu'il n'y a pas de maximum¹³⁶. Certaines peuvent constituer des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, le montant maximal de l'amende étant alors de 5 000 dollars seulement¹³⁷. Cependant, comme nous l'avons vu, la comparaison avec le droit criminel n'est valable que lorsqu'on tient compte de la poursuite par voie d'acte criminel. Le seul montant des pénalités administratives n'emporterait donc pas nécessairement la conviction d'un juge pour les qualifier de véritables conséquences pénales¹³⁸. En revanche, un autre élément peut faire pencher la balance.

¹³⁴ Art. 204 L.v.m. pour les infractions des articles 187 à 191.1 L.v.m.; art. 205 L.v.m. pour la contravention à l'article 11 L.v.m. et les infractions prévues par les articles 195.2, 196, 197 et 199.1 L.v.m.

¹³⁵ Les qualifications applicables seraient par exemple : le vol (art. 334 (a) et (b) i) C.cr.), l'escroquerie (art. 362 (2) a) et b) i) C.cr.), la fraude (art. 380 (1) a) et b) i) C.cr.), la manipulation d'opérations boursières (art. 382 C.cr.), le délit d'initié (art. 382.1 (1) C.cr.) et l'agiotage sur les actions de marchandises (art. 383 (1) C.cr.).

¹³⁶ L'amende n'est pas d'ailleurs pas elle-même spécialement prévue dans les textes d'incrimination de ces infractions, mais elle peut toujours remplacer ou accompagner une peine d'emprisonnement si les principes de détermination de la peine sont respectés par le jeu des articles 718 et suiv. du *Code criminel*.

¹³⁷ Ce sont surtout des infractions non spécifiques du domaine des valeurs mobilières, mais qui y sont applicables comme le vol (art. 334 (b) ii) C.cr.), l'escroquerie (art. 362 (2) b) ii) C.cr.) et la fraude (art. 380 (1) b) ii) C.cr.) lorsque la valeur du bien en cause ne dépasse pas 5 000 \$. Pour la détermination du montant de l'amende, voir l'article 734 du *Code criminel*.

¹³⁸ On pourrait de plus opposer au raisonnement l'existence des amendes minimales pour les infractions pénales réglementaires, indice d'une volonté répressive plus marquée. Dans un même ordre d'idées, une peine d'emprisonnement de 5 ans au

Parmi les éléments à prendre en considération pour déterminer si une amende est ou non une véritable conséquence pénale, il y a lieu de vérifier la manière dont elle est déterminée. Son importance tient-elle à des considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle? Dans cette dernière perspective, la peine doit participer à l'atteinte d'un ou de plusieurs objectifs : dénoncer le comportement du délinquant, le dissuader de recommencer ou dissuader autrui d'agir comme lui, l'isoler au besoin, lui permettre de se réinsérer sur le plan social, réparer les torts causés à la société et à la victime, et éveiller la conscience du délinquant quant à ses responsabilités¹³⁹. De surcroît, la peine doit être déterminée d'abord selon le principe de proportionnalité qui commande que soient examinés la gravité objective et subjective de l'infraction (peine encourue, gravité du préjudice, liens familiaux avec la victime, etc.) et le degré de culpabilité du délinquant, c'est-à-dire son état d'esprit moralement coupable (existence d'erreur de droit, de mobiles, etc.)¹⁴⁰. Viennent ensuite des principes secondaires : tenir compte des facteurs atténuants et aggravants, harmoniser les peines, mettre en œuvre le principe de totalité, éviter l'emprisonnement, si c'est possible, et étudier la possibilité de sanctions substitutives¹⁴¹. Comme cela a déjà été précisé, le Tribunal administratif des marchés financiers scrute différents éléments¹⁴² pour déterminer le montant d'une pénalité administrative. Or il s'avère que ces éléments intégreraient parfaitement les objectifs et les principes de détermination d'une peine criminelle. Par exemple, la dissuasion générale

maximum est prévue pour certaines infractions réglementaires (placement en contravention de l'article 11 de la *Loi sur les valeurs mobilières* ou infractions des articles 187 à 191.1, 195.2, 196, 197, 205, 207 et 208 de la *Loi sur les valeurs mobilières*), et une peine d'emprisonnement d'une durée variable pour les actes criminels. Là encore, il serait possible de s'en servir pour montrer la volonté répressive plus forte du législateur en droit pénal au détriment des dispositions administratives. Néanmoins, qui dit volonté répressive plus forte pour le droit pénal ne dit pas absence de toute volonté répressive pour les dispositions administratives.

¹³⁹ Art. 718 C.cr.

¹⁴⁰ Art. 718.1 C.cr.

¹⁴¹ Art. 718.2 C.cr.

¹⁴² Voir *supra*, II, A, 1), c), précisément au paragraphe intitulé : « Les poursuites sur le fondement des dispositions administratives de la *Loi sur les valeurs mobilières* : criminelles par nature? ».

est un objectif des peines criminelles. Par ailleurs, la gravité et le caractère intentionnel du geste accompli ainsi que la durée des manquements reprochés et les pertes subies par les épargnants seraient pris en considération pour fixer une peine proportionnée. En outre, la vulnérabilité des clients pourrait être retenue au titre des circonstances aggravantes générales¹⁴³, tout comme le fait que le comportement constitue un abus de confiance des victimes¹⁴⁴. Enfin, l'expérience et la réputation de l'organisation et de son dirigeant responsable peuvent constituer une circonstance aggravante précisément prévue dans l'article 380.1 (1) d) du *Code criminel*¹⁴⁵. Le montant des pénalités administratives étant déterminé par des considérations semblables aux principes de détermination de la peine en droit criminel, il n'est pas illogique de penser qu'elles sont animées d'une logique punitive et pourraient mériter le qualificatif de « véritable conséquence pénale » en ajoutant l'élément du montant encouru objectivement élevé.

Quid des sanctions administratives pécuniaires? En revanche, pour les sanctions administratives pécuniaires de l'article 274.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁴⁶, la situation est différente. Leur montant ne fait pas l'objet d'une appréciation. Fixe et déterminé par règlement, ce montant forfaitaire se situe à 100 dollars par acte ou omission, jusqu'à concurrence de 5 000 dollars pour la même opération¹⁴⁷. En ce sens, ni le montant de la sanction ni son mode de détermination ne penchent en faveur de la qualification de véritable conséquence pénale.

Conclusion sur le champ d'application du non-cumul de poursuites et de sanctions en matière de valeurs mobilières. Il existe donc un fort potentiel d'applicabilité de la règle de prohibition des

¹⁴³ Voir précisément l'article 718.2 (a) iii.1) C.cr.

¹⁴⁴ Voir précisément l'article 718.2 (a) iii) C.cr.

¹⁴⁵ Le texte précise en effet que constitue une circonstance aggravante, pour certaines infractions dont la fraude, le fait que « le délinquant a indûment tiré parti de la réputation d'intégrité dont il jouissait dans la collectivité ».

¹⁴⁶ L'article 274.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* sanctionne les actes et les omissions réalisés en contravention des dispositions des titres II et III de cette loi ou de ses règlements d'application.

¹⁴⁷ *Règlement sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1, r. 50, art. 271.13 et 271.14.

condamnations multiples en matière de valeurs mobilières : une applicabilité certaine entre les infractions criminelles et réglementaires; et une applicabilité potentielle mais incertaine dans le cas des sanctions administratives pécuniaires. En l'état, ces dernières peuvent donc être cumulées entre elles et avec des sanctions criminelles ou pénales réglementaires pour le même manquement. L'applicabilité de la règle est toutefois envisageable si l'on se base sur le critère de la véritable conséquence pénale. Cependant, une fois le seuil de l'applicabilité franchi, il faut encore que les infractions qui fondent les poursuites multiples répondent aux critères d'application.

B- Les critères d'application de la règle de prohibition des condamnations multiples

Formulation de la règle de l'arrêt Kienapple. La règle de la décision *Kienapple* interdit les déclarations de culpabilité multiples pour la même chose, le même délit, la même cause, plutôt que la même infraction¹⁴⁸. Pour déterminer si la personne fait face à la même « chose », le même « délit », la même « cause », le tribunal doit vérifier si les éléments des chefs d'accusation sont les mêmes éléments, ou fondamentalement les mêmes¹⁴⁹. Pour cela, la Cour suprême a proposé trois critères¹⁵⁰ (1), que nous exposerons avant d'étudier l'application qui en est faite dans le contexte des valeurs mobilières (2).

1) L'exposé des critères

Critères d'applicabilité de la règle. Pour appliquer la règle de prohibition des condamnations multiples, la Cour suprême vérifie que les liens factuel (a) et juridique (b) entre les infractions sont suffisants et que le législateur n'a pas eu l'intention d'écarter la règle, malgré la similitude d'éléments entre les infractions (c). Si tel est le cas, il y aura alors absence de cumul de poursuites ou de sanctions.

¹⁴⁸ R. c. *Prince*, préc., note 2; *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, 750.

¹⁴⁹ *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, 751.

¹⁵⁰ R. c. *Prince*, préc., note 2, par. 17-39.

a) Le lien factuel

Notion de lien factuel. Le lien factuel est relatif aux actes matériels reprochés au contrevenant avant leur qualification juridique. Pour que ce lien soit suffisant, le tribunal doit pouvoir constater que les actes, pour lesquels l'accusé encourt une double sanction, relèvent de la « même opération¹⁵¹ ». Autrement dit, la question à se poser est la suivante : « Chacune des accusations est-elle fondée sur le même acte de l'accusé¹⁵²? » Plusieurs indices permettent de formuler une réponse. Pour les juges, plus les actes sont proches dans le temps et l'espace, moins ils connaissent d'événements intermédiaires (un jugement par exemple); plus leur objectif est commun, plus le lien factuel entre eux sera étroit et suffisant pour faire application de l'interdiction des condamnations multiples.

Lien factuel et lien juridique. Toutefois, le lien factuel ne permet pas à lui seul d'appliquer la prohibition des condamnations multiples. Plus précisément, les juges conviennent que la responsabilité, pour un même acte matériel, n'a pas nécessairement à être limitée à une seule forme de sanction, ni même à une forme unique de sanction punitive¹⁵³. Ainsi, lorsqu'une personne encourt pour le même acte plusieurs sanctions de nature punitive (que ce soit en raison de la nature procédurale de l'affaire ou de la qualification de la sanction même selon les critères d'applicabilité de la règle), elle ne pourra bénéficier de l'application de la prohibition des poursuites et condamnations multiples que si cet acte est juridiquement qualifié d'une manière semblable dans les deux poursuites.

b) Le lien juridique

Notion de lien juridique. Le lien juridique entre deux infractions est relatif à la qualification juridique des actes pour lesquels le contrevenant est poursuivi. Plus les qualifications juridiques de l'acte matériel sont proches, plus le lien juridique est suffisant pour l'application de la règle *Kienapple*. Encore faut-il, à nouveau, déterminer des critères.

¹⁵¹ *Id.*, par. 17.

¹⁵² *Id.*, par. 20.

¹⁵³ *Id.*, par. 22-24.

Rejet du critère de l'élément commun à deux infractions. Une théorie, plusieurs fois utilisée en jurisprudence, considérait qu'un même élément ne pouvait pas servir pour qualifier plusieurs infractions contenant cet élément. Ainsi, s'il y avait un élément commun dans des infractions et que celui-ci avait servi pour en caractériser une, on ne pouvait plus y avoir recours pour en caractériser une autre. Trop stricte, cette théorie a été rejetée par la Cour suprême qui lui en a préféré une autre¹⁵⁴.

Critère retenu : présence ou absence d'éléments supplémentaires ou distinctifs dans l'une ou l'autre des infractions. C'est finalement le critère de l'existence ou de l'absence d'éléments supplémentaires ou distinctifs que la Cour suprême a retenu pour déterminer le lien juridique entre les infractions objets de poursuites multiples. Utilisé dans l'arrêt *Côté c. La Reine*¹⁵⁵, ce critère était apparent dans l'arrêt *Kienapple* sans pour autant y être énoncé¹⁵⁶. Ainsi, pour entraîner l'application de la règle de l'arrêt *Kienapple*, il ne faut pas que l'une des infractions comporte un élément supplémentaire ou distinctif. En effet, lorsqu'une infraction compte un élément supplémentaire ou distinctif par rapport à une autre, c'est, d'après la Cour suprême, l'expression de la volonté du législateur d'exiger plusieurs déclarations de culpabilité à l'endroit d'un même acte lorsque plusieurs infractions se chevauchent¹⁵⁷. Cependant, ce critère s'applique tout de même pour les infractions moindres qui ne comportent pas d'éléments supplémentaires distinctifs, et ce, même si l'infraction plus grave pour laquelle une accusation a été portée comprend un élément supplémentaire distinctif¹⁵⁸. Pour conclure à l'existence d'une correspondance suffisante entre les éléments, il faut utiliser une logique abstraite à laquelle s'ajoutent des considérations pratiques¹⁵⁹. Il existe ainsi

¹⁵⁴ *Id.*, par. 25-27 et 32.

¹⁵⁵ *Côté c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 303, 310.

¹⁵⁶ *R. c. Prince*, préc., note 2, par. 28 : les juges notent que dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, 755, la Cour suprême avait effectué la comparaison entre les éléments juridiques des infractions en parlant « d'élément surajouté » ou en disant que « l'âge perd tout son sens en tant que trait distinctif de l'infraction ».

¹⁵⁷ *R. c. Prince*, préc., note 2, par. 31. Cette affirmation suppose que le législateur ait toujours en tête toutes les infractions existantes ainsi que leur champ d'application, ce dont on nous permettra de douter.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 33.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 34.

trois façons non exhaustives de résoudre la question de savoir s'il y a une correspondance suffisante :

- quand un élément est la manifestation particulière d'un autre élément (notamment dans le cas d'infractions avec plusieurs degrés de généralité)¹⁶⁰;
- quand il existe une méthode, comprise dans plus d'une infraction, pour établir un seul délit¹⁶¹;
- quand un élément constitutif d'une infraction est réputé établi au moyen d'une autre preuve dans une autre infraction¹⁶².

À noter que les conséquences distinctes d'un même acte illégal justifient les déclarations de culpabilité multiples. La règle de prohibition des déclarations de culpabilité multiples ne s'applique pas lorsqu'il y a différentes victimes¹⁶³. Il nous reste à aborder un dernier critère d'application de la règle.

c) L'absence d'intention contraire du législateur

Cumul choisi par le législateur. Le législateur peut également faire un choix conscient et assumer de vouloir plusieurs déclarations de culpabilité sur le fondement de plusieurs infractions semblables pour le même acte matériel. Il doit alors exprimer clairement cette volonté. Ainsi, même en cas de lien juridique étroit, il faut vérifier que les infractions en

¹⁶⁰ *Id.*, par. 35 et 36. La Cour suprême donne l'exemple des articles 83 (1) a) du *Code criminel* (utiliser une arme à feu au moment de la perpétration d'une infraction) et 84 du *Code criminel* (braquer une arme à feu sur une personne), selon lesquels on peut considérer que braquer une arme à feu sur une personne est une manière particulière de l'utiliser.

¹⁶¹ *Id.*, par. 37. Voir, par exemple, l'affaire *R. v. Gushue*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 189 (Ont. C.A.) s'agissant des infractions de témoignages contradictoires et de parjure.

¹⁶² *Id.*, par. 38. C'est le cas des faits de la décision *Kienapple c. La Reine*, préc., note 1, pour le viol et les relations sexuelles avec une mineure de 14 ans qui n'est pas son épouse.

¹⁶³ *R. c. Prince*, préc., note 2, par. 46 et 47. Voir l'arrêt *R. c. Van Rassel*, préc., note 25, 237 et 238 (la pluralité de victimes étant constituée par le peuple canadien et les États-Unis).

cause n'ont pas pour objet de réprimer des maux complètement différents¹⁶⁴.

Les trois critères exposés permettent-ils ou non un cumul aisé des condamnations dans le contexte des valeurs mobilières, matière propice à l'existence de qualifications multiples d'un manquement matériel unique?

2) L'application des critères au contexte des valeurs mobilières

Étude de différentes possibilités de cumul. Par souci de clarté, il apparaît intéressant d'étudier les critères d'application de la prohibition des condamnations multiples dans le contexte des valeurs mobilières en cas de cumul, d'une part, entre infractions pénales réglementaires et criminelles (a) et, d'autre part, entre infractions pénales réglementaires et manquements administratifs (b).

- a) Le cumul entre infractions pénales à la *Loi sur les valeurs mobilières* et infractions au *Code criminel*

Étude basée sur l'affaire R. c. Lacroix. Contexte. Les faits de l'arrêt *R. c. Lacroix*¹⁶⁵ sont les suivants : le 11 décembre 2007, à la suite de diverses transactions (retraits irréguliers dans des fonds d'investissement) et de la transmission de faux documents ou de documents contenant des informations erronées à l'AMF, le requérant, Vincent Lacroix, fait l'objet d'une poursuite par cette dernière devant la Cour du Québec. Celle-ci s'est soldée par une déclaration de culpabilité sur 51 chefs d'accusation relativement à la *Loi sur les valeurs mobilières*. Le premier groupe de faits (chefs n^{os} 1 à 27) concerne la tentative d'influence ou l'influence du cours de la valeur de 27 fonds d'investissement¹⁶⁶. Le deuxième groupe (chefs n^{os} 28 à 36) est constitué par des faits d'aide à la fourniture de faux documents à l'AMF¹⁶⁷. Le troisième et dernier groupe (chefs n^{os} 37 à 51) englobe des actes ou des omissions d'aide à la fourniture de fausses informations ou

¹⁶⁴ *R. c. Prince*, préc., note 2, par. 39.

¹⁶⁵ *R. c. Lacroix*, préc., note 5.

¹⁶⁶ Art. 195.2 L.v.m.

¹⁶⁷ Art. 197(4) et 208 L.v.m.

d'informations trompeuses dans un document transmis à l'AMF¹⁶⁸. Le requérant est alors condamné à une amende de 255 000 dollars et à 12 ans moins un jour d'emprisonnement, finalement réduit à 5 ans moins un jour¹⁶⁹. Le 13 juin 2008, plus de 200 chefs d'accusation sont déposés contre lui par le ministère public, et ce, pour fraude, complot et utilisation de produits de la criminalité en vertu du *Code criminel*. Enfin, la Cour supérieure examine, le 9 septembre 2009, sa requête en *res judicata* et en arrêt des procédures criminelles fondée sur le moyen suivant : les poursuites criminelles aboutiraient à une seconde condamnation pour les mêmes comportements, ce qui serait à la fois illégal et inéquitable en vertu de l'article 11 h) de la Charte canadienne et des principes de common law issus de l'arrêt *Kienapple*. La Cour supérieure du Québec doit donc dire alors si les poursuites criminelles constituent une seconde poursuite fondée sur les mêmes faits que ceux qui ont donné lieu à la condamnation sur le fondement de la *Loi sur les valeurs mobilières* et devraient être arrêtées en vertu de l'article 11 h) de la Charte canadienne. Au regard des objectifs de chacune des lois, des liens factuels et juridiques entre les poursuites, et des peines encourues¹⁷⁰, cette cour conclut qu'il n'y a chose jugée pour aucun des groupes de faits¹⁷¹. La procédure criminelle n'est donc pas arrêtée.

Application du premier critère : liens factuels. Pour le premier groupe de faits, les juges ont considéré que les liens factuels entre l'influence ou la tentative d'influence sur le cours ou la valeur d'un titre par

¹⁶⁸ Art. 197(5) et 208 L.v.m.

¹⁶⁹ La peine est d'abord fixée par un jugement du 28 janvier 2008, duquel il est fait appel. C'est ensuite une décision du 8 juillet 2008 qui réduit la peine d'emprisonnement à 8 ans. Enfin, on note un arrêt du 21 août 2009 qui la fixe à 5 ans moins un jour.

¹⁷⁰ La Cour supérieure a étudié la pertinence de l'analyse de la peine encourue. Elle décide que la peine peut être un indice valable pour savoir s'il y avait deux jugements basés sur les mêmes faits et donc finalement pour une même infraction de type criminel. Cependant, au regard de la trop grande différence entre la durée des peines d'emprisonnement (5 ans pour la *Loi sur les valeurs mobilières* et 14 ans pour le *Code criminel*), elle a établi dans ce cas que cela ne pouvait entrer en ligne de compte pour considérer les infractions comme similaires (*R. c. Lacroix*, préc., note 5, par. 98-106 et 107e)).

¹⁷¹ Dans l'arrêt *R. c. Lacroix*, préc., note 5, la règle de l'arrêt *Kienapple* et la chose jugée sont assimilées.

des pratiques déloyales, abusives ou frauduleuses et la fraude criminelle étaient suffisants, car la poursuite criminelle se fondait sur 112 des 137 transactions reprochées à Vincent Lacroix sur le fondement de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁷². En revanche, les liens factuels n'ont pas été considérés comme suffisants pour les autres infractions, car les documents visés au criminel et au pénal pour fonder les poursuites de faux et de transmission de fausses informations ne sont pas les mêmes¹⁷³.

Application du second critère : liens juridiques. Les liens juridiques entre les infractions de fraude et d'influence ou de tentative d'influence sur le cours ou la valeur d'un titre ont, en revanche, été jugés insuffisants. Après comparaison entre les éléments constitutifs des infractions, les juges ont retenu qu'elles disposaient de plusieurs éléments distinctifs : ce sont, pour l'infraction criminelle, la privation causée par l'acte prohibé qui peut consister en une perte véritable ou en la mise en péril des intérêts pécuniaires d'une victime et la connaissance subjective que l'acte prohibé pourrait causer une privation à autrui pour le crime. Pour l'infraction provinciale, les juges ont choisi l'influence ou la tentative d'influence sur la valeur d'un titre¹⁷⁴. Notons ici l'utilisation de la théorie de l'élément distinctif à laquelle les juges ajoutent des considérations tenant au champ d'application des dispositions et à leur objet respectif. Certes, il est tout à fait possible de réaliser une fraude en dehors du domaine des valeurs mobilières et donc une fraude qui n'influera pas sur le cours ou la valeur d'un titre. Néanmoins, peut-on commettre l'infraction d'influence ou de tentative d'influence sur le cours ou la valeur d'un titre sans *ipso facto* réaliser également une fraude? Malgré l'affirmation d'éléments distinctifs dans l'infraction de fraude, nous croyons que cela n'est pas nécessairement envisageable au regard de la définition et de l'appréciation très large qui est faite des éléments constitutifs de la fraude. En effet, si la fraude semble avoir un résultat spécifique qui est de frustrer « le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur », l'interprétation de cet élément s'avère très large. La jurisprudence se

¹⁷² *Id.*, par. 60 et 62.

¹⁷³ *Id.*, par. 81-83.

¹⁷⁴ *Id.*, par. 69.

contente de la seule mise en péril des intérêts pécuniaires d'une victime¹⁷⁵. À cela est associée la connaissance subjective ou l'insouciance¹⁷⁶ que l'acte dolosif pourrait causer une privation à autrui¹⁷⁷. Nous estimons ainsi très compliqué de considérer que, lorsqu'est faite la preuve des éléments de l'infraction décrite à l'article 195.2 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, c'est-à-dire l'existence d'une pratique déloyale, abusive ou frauduleuse à l'égard d'un titre avec pour résultat l'influence ou la tentative d'influence sur la valeur d'un titre et la connaissance du défendeur des éléments ou son insouciance quant à l'existence ou à la non-existence de ceux-ci, n'est pas automatiquement aussi faite la preuve de la fraude. Probablement, l'influence ou la tentative d'influence sur le cours ou la valeur d'un titre entraînera une perte pour le public ou une personne, même indéterminée. De surcroît, sans même basculer dans le domaine de l'appréciation objective, nous ne croyons pas difficile de faire la preuve de la conscience subjective que des manœuvres frauduleuses dans le domaine des valeurs mobilières risquent de provoquer une perte économique pour une victime. En ce sens, l'infraction relative à la *Loi sur les valeurs mobilières* apparaît comme une sorte d'infraction spéciale par rapport à la fraude puisqu'elle ne semble pas pouvoir être commise sans réaliser la seconde. Cette automaticité ne devrait-elle pas appeler à un raisonnement plus global afin que le justiciable ne subisse pas les affres liées au partage constitutionnel des compétences¹⁷⁸? Ne faudrait-il pas simplement se demander s'il est

¹⁷⁵ *R. c. Olan et al.*, [1978] 2 R.C.S. 1175, 1182.

¹⁷⁶ La fraude « présuppose la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées. Elle est établie s'il est démontré que l'accusé, fort d'une telle connaissance, accomplit des actes qui risquent d'entraîner ces conséquences prohibées, tout en ne se souciant pas qu'elles s'ensuivent ou non ». Par ces mots, la Cour suprême admet que la preuve de l'insouciance, *mens rea* moins élevée sur l'échelle de la turpitude morale que l'intention, suffit à remplir le fardeau de la Couronne en matière de fraude : *R. c. Thérout*, [1993] 2 R.C.S. 5, 19.

¹⁷⁷ Pour un rappel des éléments constitutifs de la fraude avec des exemples d'application, voir Simon ROY et Éric LEBLANC, « Quand le droit criminel s'invite dans l'arène sportive : le dopage comme fraude », (2016) 75 *R. du B.* 231.

¹⁷⁸ Pour une critique de la jurisprudence dans l'affaire *R. c. Lacroix*, où l'on conclut notamment que, malgré la différence de rédaction entre les infractions en cause, l'article 11 h) aurait pu trouver application, voir A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et A. STYLIOS, préc., note 107, p. 508 et 509.

possible de réaliser l'une des infractions sans concrétiser l'autre, dans au moins un sens?

Ajout du critère de l'objectif des lois en cause. Enfin, la Cour supérieure insiste sur les objectifs respectifs des lois en cause et leur champ d'application distinct. D'une part, elle s'en sert pour souligner l'absence de lien juridique entre les infractions en précisant que « la portée de la législation est beaucoup plus restrictive que les dispositions du *Code criminel* qui visent à sanctionner un comportement moral délinquant qui englobe et dépasse les situations visées par la *Loi sur les valeurs mobilières* ou toute législation de même acabit¹⁷⁹ ». D'autre part, elle avait préalablement amené ce raisonnement en rappelant que, l'objectif de la *Loi sur les valeurs mobilières* étant « de réglementer le marché du financement et des valeurs mobilières au Québec et de gérer les conditions d'exploitation des intervenants qui agissent au nom des épargnants¹⁸⁰ », celle-ci « vise à soutenir la confiance du public et à décourager les comportements délinquants à portée civile et commerciale¹⁸¹ », tandis que le *Code criminel* a vocation à s'appliquer à tout individu. L'ajout de ces éléments comme critère apparaît discutable dans la mesure où ils rejoignent certaines considérations étudiées au titre du champ d'application de la règle *Kienapple*. Cela souligne le caractère circulaire des raisonnements tenus en la matière, ce qui aboutit *in fine* au cumul des poursuites et des sanctions.

Conclusion sur l'affaire Lacroix. Comme on peut le constater, l'interprétation des critères d'application ne va pas dans le sens d'une très grande limitation des cumuls. Sans dire que la protection contre le double péril devrait être absolue, nous constatons qu'elle est peu élevée. Vincent Lacroix se trouvait bien dans une situation de double péril dans un cas où les autorités étatiques auraient pu lui imposer une sanction exemplaire, qu'elle soit criminelle ou pénale réglementaire, qu'elle soit privative de liberté ou pécuniaire, permettant d'atteindre par la même condamnation tous les objectifs des lois bafouées. Une conclusion plus optimiste quant à la protection contre le double péril devrait pouvoir être tirée de l'étude du

¹⁷⁹ *R. c. Lacroix*, préc., note 5, par. 77.

¹⁸⁰ *Id.*, par 51.

¹⁸¹ *Id.*, par 52.

cumul entre infractions pénales réglementaires et manquements administratifs.

- b) Le cumul entre infractions pénales réglementaires et manquements administratifs

Discussion autour des infractions pénales réglementaires et administratives. Supposons que les pénalités administratives entrent dans le champ d'application de la règle étudiée. *Quid* des liens factuels et juridiques dans le cas de poursuites à la fois administratives et pénales sur le fondement de la *Loi sur les valeurs mobilières*? Tout manquement à cette dernière ou à ses règlements d'application peut faire l'objet d'une pénalité administrative. Or tout manquement constitue également une infraction pénale. Ainsi, le même manquement pourrait être l'objet de chacune des procédures, et le lien factuel serait indéniable. L'aspect intéressant est que le lien juridique pourrait lui aussi s'avérer suffisant dès lors que l'on définit les manquements administratifs et les infractions pénales de manière générale comme étant toute contravention à la loi ou à ses règlements d'application. Ce sera alors bien le même texte de la *Loi sur les valeurs mobilières* qui aura fait l'objet de la même violation matérielle. Seules les sanctions seront prises sur le fondement de différents textes. Les infractions dites pénales n'ont en réalité pas d'objet pénal spécifique, car les comportements qualifiés peuvent être soumis à des poursuites administratives. Ici la distinction des objectifs des dispositions ne pourrait pas servir pour justifier un cumul comme dans l'affaire *Lacroix*, car la définition des objectifs réglementaires de la *Loi sur les valeurs mobilières* s'applique aux contraventions traitées par les aspects tant administratifs que pénaux de cette loi. Il faudrait faire preuve de mauvaise foi pour justifier un cumul de sanctions pénales et administratives en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* dans le cas d'un acte matériel identique.

Conclusion. L'application concrète de la prohibition des condamnations multiples est finalement difficile à obtenir. Le domaine des valeurs mobilières ne fait pas exception, malgré la grande potentialité de cumuls de poursuites de nature diverse en la matière. Les postures jurisprudentielles adoptées ne favorisent pas une mise en œuvre très large

de la règle. Pourtant, les fondements de cette dernière pourraient donner lieu à une application plus souple.

Conclusion

La protection contre double péril : valeur fondamentale en péril devant l'inflation législative. Sans reprendre l'ensemble des fondements étudiés, nous tenons à faire ici quelques observations. Si l'interdiction des condamnations multiples a simplement pour objet d'améliorer de manière ponctuelle la protection contre le double péril dans des cas qui ressemblent de très près à ceux qui sont protégés par les autres règles, alors une application fort stricte se justifie. En revanche, si l'on veut donner à cette règle une portée propre qui tend à défendre un intérêt particulier distinct des autres règles, une interprétation élargie peut être envisagée. Dans l'affaire *Lacroix*, la Cour supérieure du Québec souligne d'abord l'importance de la protection contre le double péril en affirmant ceci :

[La] société a choisi comme l'une de ses valeurs fondamentales d'éviter qu'un justiciable soit condamné à plus d'une reprise pour la même infraction. Ce droit maintenant enchâssé dans la constitution reflète un système de valeurs selon lequel la société considère injuste, inacceptable et immorale la condamnation d'un individu plus d'une fois pour le même acte¹⁸².

Or, la Cour supérieure du Québec admet ensuite que cette valeur fondamentale se révèle plus difficile à protéger en raison de l'augmentation du nombre de lois provinciales et fédérales¹⁸³ dont les champs de compétence peuvent se recouper. Le justiciable est donc susceptible de se trouver de plus en plus aux prises avec des cumuls de poursuites pour le même acte matériel. Ces propos nous semblent confirmer l'hypothèse de l'existence de la règle de prohibition des condamnations multiples comme une déclinaison de la protection du double péril, dont l'objet est la protection contre l'abus du droit de poursuivre de l'État devant l'absence de mécanisme de limitation du pouvoir créateur des législateurs. Pourtant, l'interprétation du champ d'application et des critères d'application de la

¹⁸² *Id.*, par. 24.

¹⁸³ *Id.*, par. 26.

règle nous paraît réduire cette protection à son expression la plus élémentaire quand une application pleine et entière soutenue par une interprétation large et libérale de la Charte canadienne serait possible et souhaitable. Ainsi, les possibilités actuelles de limiter les cumuls de condamnations nous apparaissent insuffisantes.

Solutions insuffisantes. Premièrement, il existe au Québec un encadrement des cumuls de poursuites criminelles et pénales¹⁸⁴. Cependant, ce sont seulement des directives édictées par le Directeur des poursuites criminelles et pénales. Elles ne sont pas immuables. Deuxièmement, le législateur fédéral a prévu, dans certaines matières, des règles de non-cumul des poursuites administratives et pénales réglementaires quand elles cohabitent au sein de la même loi¹⁸⁵. Il serait alors davantage cohérent et plus juste que l'ensemble des lois pouvant engendrer ce type de cumuls aient des dispositions similaires. Il pourrait notamment être pertinent que la *Loi sur les valeurs mobilières* se donne un dispositif semblable. Troisièmement, enfin, il est toujours possible d'invoquer le principe de totalité, mais celui-ci ne joue que pour limiter le quantum final de l'ensemble des sanctions qui peuvent être prises à l'encontre d'une personne devant subir plusieurs sanctions et il permet donc toujours un cumul de poursuites et de sanctions. Il n'est donc pas question d'empêcher tout cumul, mais plutôt de rationaliser les critères d'application de la prohibition des condamnations multiples et de consentir à un raisonnement plus global et *in fine* d'une justesse accrue.

¹⁸⁴ DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES DU QUÉBEC, *Directives de la directrice et instructions*, ACC-3 DM, point 18 : « [Choix entre l'application de deux lois] Lorsqu'une personne peut être poursuivie à la fois en vertu du Code criminel et d'une autre loi pénale (loi fédérale ou loi du Québec), le procureur privilégie le recours à la loi pénale, au nom du principe de modération, sauf en présence de circonstances particulières ».

¹⁸⁵ Voir Patrick MICHEL, préc., note 110, p. 563.

L'analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics

par Nicholas JOBIDON*

L'analyse de conformité en droit des marchés publics est source de confusion et de bon nombre de conflits qui doivent être tranchés par les tribunaux. Ceux-ci peinent toutefois à dégager des lignes directrices claires compte tenu de la nature contractuelle du processus qui doit être géré au cas par cas. La démarche actuelle consiste à appliquer certains critères pour déterminer si l'irrégularité dont est grevée la soumission est importante ou non; dans ce dernier cas, on reconnaît que l'adjudicateur de l'appel d'offres a discrétion pour passer outre à cette irrégularité.

L'auteur propose une démarche en deux temps pour déterminer si l'adjudicateur peut octroyer le contrat à une soumission grevée d'une non-conformité. Premièrement, l'adjudicateur devrait s'intéresser à la nature de l'exigence (essentielle ou accessoire) telle qu'elle est rédigée dans les documents d'appel d'offres, puisque ce document représente la volonté des parties au processus d'appel d'offres. Dans un second temps, l'adjudicateur pourrait se pencher sur la nature mineure ou majeure du vice qui nuit à la soumission seulement si ce dernier touche l'une des exigences mineures des documents d'appel d'offres.

The analysis of tender compliance is confusing and causes a number of conflicts before the courts, who are finding it difficult to identify general rules for this process which must be managed on a case by case basis, given the contractual nature of calls for tender. The current approach consists in first evaluating the relative importance of the non-compliance, and then, if the non-compliance is of a sufficiently unimportant nature, public bodies may exercise their discretion to waive such irregularities.

* Professeur de droit public à l'École nationale d'administration publique. L'auteur tient à remercier M^e Pierre Giroux, Ad. E., pour son aide à la rédaction de cet article, ainsi que M^{me} Jessica Céré pour sa contribution aux références.

This paper suggests a two-step process for determining whether public bodies may award contracts to offerees who have submitted non-compliant bids. First, public bodies should turn to the tendering documentation to determine whether a requirement is essential or non-essential since those tendering documents contain the will of the parties participating in the tendering process. Second, public bodies may only determine whether a defect affecting a bid is major or minor in nature if that non-compliance relates to a non-essential requirement of the tender documentation.

Sommaire

Introduction	95
I. Les défis propres à l'analyse de conformité	99
II. La procédure d'analyse de la conformité des soumissions	102
A. Première étape : S'agit-il d'exigence essentielle ou accessoire de l'appel d'offres?	104
1. Les dispositions d'ordre public et l'intégrité du processus.....	106
2. La formulation des exigences et l'intention des parties	107
3. L'égalité entre les soumissionnaires, l'incidence sur le prix et l'effet sur la concurrence	109
B. Seconde étape : La révision de l'exercice de la discrétion ou la caractérisation du vice.....	110
1. L'exigence accessoire : l'organisme public a-t-il bien exercé sa discrétion?	111
2. L'exigence essentielle : est-ce un vice mineur ou majeur?....	112
a. La gravité de l'erreur quant à l'exigence des documents d'appel d'offres.....	116
b. La possibilité pour le soumissionnaire de corriger son erreur	117
c. Le risque de préjudice aux autres soumissionnaires	120
Conclusion	122



Introduction

Le droit des marchés publics québécois encadre la conclusion de contrats entre l'Administration et les particuliers. Cette branche du droit, issue du croisement entre le droit administratif et le droit des obligations, tente de réconcilier les principes de liberté contractuelle et de consensualisme avec les considérations de droit public telles la déférence judiciaire envers l'action administrative et la protection des fonds publics.

Un droit des marchés publics bien conçu et correctement appliqué devrait avoir pour objectif la saine gestion des contrats publics et donc la protection de l'intérêt public, tout en respectant les principes de droit commun en matière de conclusion de contrats. Comme la valeur des contrats publics conclus par les ministères et les organismes publics (excluant les municipalités) représentaient un montant de 53 milliards pendant les années financières de 2011-2012 à 2014-2015¹, l'importance d'avoir un droit des marchés publics prévisible et pertinent ne saurait être surestimée.

L'importance financière du droit des marchés publics coïncide avec l'importance quantitative et qualitative des litiges qui nécessitent son application. En effet, un principe fondamental du droit des marchés publics québécois retire une partie de la liberté contractuelle aux organismes publics dans le but de les empêcher de déterminer unilatéralement l'identité de leurs propres cocontractants, et ce, pour éviter que leur choix repose sur des considérations non pertinentes. Cette pratique a pour objectif de contrer tout abus du pouvoir de dépenser les fonds publics, par exemple en attribuant systématiquement les contrats à des personnes sympathiques au parti au pouvoir².

¹ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, *Rapport final*, Montréal, 4 novembre 2015, tome 1, p. 71, en ligne : <<https://www.ceic.gouv.qc.ca>> (consulté le 3 décembre 2019).

² Une telle pratique était de mise au cours des années 1950 sous le gouvernement de l'Union nationale : COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES MÉTHODES D'ACHAT UTILISÉES AU DÉPARTEMENT DE LA COLONISATION ET AU SERVICE DES ACHATS DU GOUVERNEMENT et Elie SALVAS, *Rapport des commissaires sur les méthodes d'achat utilisées au Département de la colonisation et au Service des achats du*

Sauf exception, le droit des marchés publics québécois contraint plutôt tout organisme public à adjuger les contrats publics comportant une dépense supérieure à un certain seuil à la suite d'un processus d'appel d'offres public³. L'organisme public a ensuite le devoir d'adjuger le contrat au soumissionnaire ayant déposé la soumission la plus basse⁴ ou, lorsque l'appel d'offres prévoit une évaluation qualitative des soumissions, à celui qui aura déposé l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix⁵.

Un appel d'offres fait également naître entre l'organisme public adjudicateur et chaque soumissionnaire dont l'offre est conforme un précontrat⁶, nommé le contrat « A », en vertu duquel les soumissionnaires s'engagent à donner suite à leur soumission (au prix soumis) si celle-ci est retenue, tandis que l'organisme public promet de respecter l'égalité entre les soumissionnaires et de n'accepter qu'une soumission conforme⁷.

Alors que la détermination de la soumission la moins chère se révèle un exercice objectif qui laisse peu de place à l'erreur, l'analyse de la conformité des soumissions n'est pas si simple : celle-ci doit considérer

gouvernement du 1^{er} juillet 1955 au 30 juin 1960, Québec, 1963, en ligne : <https://www.ceic.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_client/centre_documentaire/Piece_1P-3.pdf>.

³ *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, art. 10 (ci-après la « LCOP »).

⁴ *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2, art. 13; *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4, art. 13; *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5.1, art. 16; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5, art. 16.

⁵ Voir par exemple : *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, préc., note 4, art. 23; *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, préc., note 4, art. 21; *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*, préc., note 4, art. 17; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 4, art. 25.

⁶ *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 R.C.S. 111, par. 119.

⁷ *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, par. 40 et 41 (ci-après « arrêt *M.J.B. Enterprises* »); *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 88 et 116.

notamment le cadre normatif, la rédaction des documents d'appel d'offres, le déroulement du processus, et même les attentes des soumissionnaires. Il n'est donc pas toujours aisé de déterminer si une quelconque non-conformité doit nécessairement entraîner le rejet de la soumission. Par exemple, une soumission est-elle conforme même si elle fait défaut d'inclure une copie des licences délivrées par la Régie du bâtiment, contrairement à ce qui était exigé dans les documents d'appel d'offres⁸? Dans la mesure où cette offre est la plus basse, et qu'elle permettrait donc d'épargner des fonds publics, l'organisme public peut-il, ou devrait-il, passer outre à une non-conformité pour autant que l'entreprise s'avère *de facto* en mesure de donner suite à sa soumission? Autrement dit, comment déterminer si une soumission est juridiquement conforme ou non?

L'analyse de la conformité des soumissions se trouve très souvent au cœur de litiges, judiciarisés ou non, entre l'organisme public et un soumissionnaire évincé qui prétend avoir droit au contrat. Si la soumission la moins chère est affublée de quelque irrégularité ou d'un accroc par rapport aux documents d'appel d'offres, l'organisme public adjudicateur se retrouve alors dans une situation délicate : il peut déclarer la soumission non conforme au risque d'être poursuivi par ce soumissionnaire au motif que la soumission aurait dû être considérée comme conforme, ou considérer la soumission conforme et octroyer le contrat à ce soumissionnaire, au risque d'être poursuivi par le soumissionnaire qui se situe au deuxième rang pour la plus basse offre et qui est conforme au motif que la soumission comportant la plus basse offre aurait dû être déclarée non conforme. Dans un cas comme dans l'autre, le risque de poursuite est bien réel, et cela, aux frais des contribuables.

De plus, la décision ultime quant à la conformité de la soumission appartient au juge. Comme c'est une question d'interprétation du contrat « A » entre l'organisme public adjudicateur et chaque soumissionnaire, la bonne foi de l'organisme public n'est pas une considération pertinente⁹, de

⁸ Comme c'était le cas, notamment, dans l'arrêt *Maria (Office municipal d'habitation de) c. Construction LFG inc.*, 2014 QCCA 2034. Dans ce cas, la Cour d'appel a considéré que, à la lumière des documents d'appel d'offres, du contexte et donc de l'intention exprimée des parties, un tel défaut rendait la soumission irrecevable.

⁹ *M.J.B. Enterprises, préc.*, note 7, par. 54.

la même manière qu'un particulier qui n'exécute pas ses obligations contractuelles ne pourrait invoquer sa bonne foi pour se libérer d'une poursuite judiciaire. L'organisme public adjudicateur n'a, pour ainsi dire, pas droit à l'erreur dans cette détermination.

Or, la jurisprudence éprouve une difficulté réelle à distinguer la soumission conforme de la soumission non conforme, difficulté qui se traduit par une insécurité juridique rendant imprévisible l'issue des litiges¹⁰.

La difficulté semble provenir en partie de la confusion entre la nature essentielle ou accessoire des exigences des documents d'appel d'offres, d'une part, et la gravité des vices grevant les soumissions, d'autre part. Une telle confusion donne lieu à une pluralité de critères utilisés en jurisprudence et à un problème de synthèse des règles applicables par les tribunaux. Ultimement, la confusion rend d'autant plus ardue la détermination de la conformité par l'organisme public adjudicateur.

Dans le présent article, nous tenterons donc, après avoir situé l'évaluation de la conformité dans le contexte du droit des marchés publics, de démêler les critères relatifs à l'importance de l'exigence, dans un premier temps, de ceux qui sont relatifs à la gravité du vice, dans un second temps. Nous proposerons des règles juridiques particulières pour déterminer la conformité d'une soumission selon que la non-conformité touche à une exigence accessoire ou essentielle de l'appel d'offres, puis en fonction d'un vice mineur ou majeur. Plus particulièrement, nous présenterons un nouveau cadre d'analyse en deux étapes pour faciliter l'étude de conformité des soumissions. La première étape porte sur la détermination du caractère essentiel ou accessoire de l'exigence des documents d'appel d'offres (tel que le fait déjà le test adopté par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Tapitec*), alors que la seconde varie en fonction d'une exigence essentielle ou accessoire. Dans le cas de cette dernière, la décision prise par l'organisme public sera alors soumise aux règles du droit administratif propres à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires; s'il est question d'une

¹⁰ Pour un survol des questions récurrentes quant à la conformité des soumissions, voir Marco RIVARD, *Guide pratique sur les soumissions non conformes*, Montréal, SOQUIJ, 2008.

exigence essentielle, il faudra déterminer si le vice est de nature mineure ou majeure pour savoir si l'organisme public peut, malgré tout, retenir cette soumission.

À noter que nous ne traiterons pas de l'évaluation de la qualité des soumissions ni des règles d'admissibilité des soumissionnaires, puisque ces sujets se situent dans un contexte différent et obéissent à des règles et à des considérations d'intérêt public diverses. Nous nous concentrerons plutôt sur la conformité des soumissions aux exigences des documents d'appel d'offres au moment du dépôt, et non sur les modifications des travaux pendant leur exécution.

I. Les défis propres à l'analyse de conformité

Traditionnellement, la règle veut qu'une soumission non conforme aux exigences des documents d'appel d'offres soit automatiquement rejetée¹¹. Toutefois, la jurisprudence reconnaît une exception pour les vices dits « de forme¹² », « mineurs¹³ », ou portant sur des « exigences accessoires¹⁴ » de l'appel d'offres.

Une erreur est généralement considérée comme majeure si elle a quelque impact sur le prix de la soumission¹⁵, si elle entraîne un déséquilibre

¹¹ Dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd.*, préc., note 7, par. 40, la Cour suprême a considéré qu'il existe une condition implicite dans tout contrat « A » selon laquelle l'adjudicateur ne choisira qu'une soumission conforme.

¹² Cette terminologie est employée notamment dans l'arrêt *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 1 R.C.S. 116.

¹³ Cette terminologie est employée notamment dans les arrêts suivants : *J.E. Verreault & fils ltée c. Commission des écoles catholiques de Québec*, [1994] 126 R.L. (C.A.); *Rimouski (Ville de) c. Structures GB ltée*, 2010 QCCA 219 (ci-après « arrêt *Ville de Rimouski* »); *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1871; *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*, 2017 QCCA 317 (ci-après « arrêt *Tapitec* »).

¹⁴ Cette terminologie est employée notamment dans les arrêts suivants : *Lacaille Vincelette Transport inc. c. Municipalité de Sainte-Marie-de-Monnoir*, EYB 1992-74872 (C.S.); *R. Labonté et Fils inc. c. St-Nérée (Municipalité de)*, 2008 QCCS 3049; *Tapitec*, préc., note 13.

¹⁵ *Mercier c. Raby*, 2008 QCCA 1830, par. 21 (ci-après « arrêt *Raby* »).

entre les soumissionnaires¹⁶ ou si le fait de l'ignorer nuirait autrement à l'intégrité du processus d'appel d'offres¹⁷. La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*, a récemment adopté une démarche plus holistique en trois étapes pour déterminer si une soumission est non conforme quant à un élément essentiel ou, en d'autres mots, si l'organisme public peut retenir une soumission grevée d'une erreur :

- 1) l'exigence est-elle d'ordre public?
- 2) les documents d'appels d'offres indiquent-ils expressément que l'exigence constitue un élément essentiel? et
- 3) à la lumière des usages, des obligations implicites et de l'intention des parties, l'exigence traduit-elle un élément essentiel ou accessoire de l'appel d'offres¹⁸?

Les tribunaux québécois ont manifestement jugé bienvenue cette clarification apportée par la Cour d'appel en 2017, puisque l'arrêt *Tapitec* est déjà un incontournable en droit des marchés publics québécois¹⁹.

S'il est démontré que le vice est effectivement « de forme », « mineur » ou « accessoire », l'organisme public adjudicateur n'est pas nécessairement obligé de rejeter la soumission. Au contraire, l'organisme dispose alors d'une certaine discrétion pour y passer outre²⁰ ou pour permettre au

¹⁶ *R.P.M. Tech inc. c. Gaspé (Ville de)*, REJB 2004-60675 (C.A.), par. 28 (ci-après « arrêt RPM Tech »); *Raby*, préc., note 15, par. 22; *Tapitec*, préc., note 13, par. 18.

¹⁷ *Tapitec*, préc., note 13, par. 19.

¹⁸ *Id.*, par. 20. La Cour d'appel a mentionné avoir tiré son inspiration de la démarche suggérée dans Pierre GIROUX et Nicholas JOBIDON, « Les appels d'offres : une entreprise risquée? Survol des risques : la perspective de l'organisme public », S.F.C.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2010)*, par. 61, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2010/687367525>> (consulté le 21 mars 2019).

¹⁹ En février 2019, environ 22 mois après sa publication, cet arrêt avait déjà été cité 18 fois dans la jurisprudence québécoise.

²⁰ *Raby*, préc., note 15, par. 17; André LANGLOIS et Pier-Olivier FRADETTE, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 321 et 322; Pierre GIROUX et Denis LEMIEUX, *Contrats des organismes publics québécois*, Farnham, Publications CCH, feuilles mobiles, à jour le 27 juillet 2018, 8-000.

soumissionnaire de corriger la lacune²¹. Bien que les tribunaux doivent faire preuve de déférence envers l'exercice de cette discrétion d'octroyer le contrat malgré une erreur de forme²², ladite discrétion n'est pas sans limite.

Tout d'abord, la discrétion doit être exercée de bonne foi²³. Dans un contexte de droit des marchés publics, cela signifie plus particulièrement que l'organisme public adjudicateur doit respecter les principes de la saine gestion de contrats, dont le principe d'égalité entre les soumissionnaires et d'octroi à celui dont l'offre la plus basse est conforme²⁴.

L'arrêt *Ville de Rimouski c. Structures GB ltée* est un exemple utile de cas où un juge, ici la Cour d'appel (à majorité de deux contre un), a estimé qu'un organisme public aurait dû passer outre à un vice considéré comme une « irrégularité mineure ». Dans cette affaire, l'offre la plus basse, celle de l'entreprise Structures GB, était grevée d'un vice : la soumission était accompagnée d'une garantie de soumission représentant 10 p. 100 du prix de la soumission (conformément à l'usage dans l'industrie), soit 140 483 \$, alors que les documents d'appel d'offres exigeaient une garantie ferme de 150 000 \$. L'organisme public, la Ville de Rimouski, s'est donc tournée vers l'entreprise venant au deuxième rang pour la plus basse offre, soit l'entreprise Charest et Fils, qui avait respecté l'exigence de la garantie ferme. Cette soumission était principalement conforme, mais soulevait certains doutes quant à la conformité des travaux à être effectués par un sous-traitant; la Ville de Rimouski a donc contacté Charest et Fils par téléphone pour s'assurer que ce sous-traitant effectuerait bel et bien les travaux en conformité avec les devis d'architecte.

La Cour d'appel a considéré que la Ville de Rimouski avait fait erreur dans l'interprétation des documents d'appel d'offres et que le défaut de fournir une garantie de soumission suffisante constituait, au vu des

²¹ *Rimouski (Ville de)*, préc., note 13, par. 72.

²² *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 34.

²³ *Lacaille Vincelette Transport inc. c. Municipalité de Sainte-Marie-de-Monnoir*, préc., note 14, par. 14.

²⁴ *Rimouski (Ville de)*, préc., note 13, par. 72.

circonstances (qui incluent le faible écart des montants et une confusion possible créée par les documents d'appel d'offres), une irrégularité mineure²⁵.

Au surplus, considérant l'obligation de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité, la Cour d'appel a déterminé que la Ville de Rimouski se devait d'octroyer le contrat à l'entreprise Structures GB malgré la non-conformité apparente de sa soumission. En effet, puisque la Ville avait permis à d'autres soumissionnaires de clarifier leur offre (quant à des aspects différents des documents d'appel d'offres), elle aurait dû aussi autoriser l'entreprise Structures GB à rectifier sa garantie de soumission²⁶. L'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Ville de rejeter une soumission non conforme quant à un élément accessoire devait ainsi prendre en considération la manière dont elle s'était comportée envers les autres soumissionnaires.

Bien que l'ensemble de ces règles soutienne efficacement le principe de la saine gestion des contrats publics, il pourrait en résulter une certaine confusion vu l'imprévisibilité de l'interprétation que le juge fera des exigences du contrat. L'arrêt *Ville de Rimouski* illustre parfaitement cette imprévisibilité : la bonne foi de la Ville de Rimouski n'était pas en cause dans cette affaire, et elle croyait sincèrement avoir respecté les modalités de son contrat « A » envers les soumissionnaires. Le défaut de fournir une assurance conforme aux documents d'appel d'offres est parfois considéré par les tribunaux comme une condition essentielle, parfois comme une condition accessoire²⁷.

II. La procédure d'analyse de la conformité des soumissions

Il serait donc bénéfique à la saine gestion des contrats, ainsi qu'au droit des marchés publics en général, d'adopter une démarche aussi

²⁵ *Id.*, par. 33.

²⁶ *Id.*, par. 79.

²⁷ La liste des exigences reconnues comme essentielles ou accessoires dans André LANGLOIS et Pier-Olivier FRADETTE, préc., note 20, p. 293 et suivantes, illustre bien le fait que les mêmes exigences peuvent être qualifiées autrement dans des circonstances différentes. Il n'est toutefois pas toujours aisé de bien distinguer les circonstances en cause.

prévisible et cohérente que possible en vue de déterminer plus précisément l'étendue de la discrétion que possède un organisme public adjudicateur pour accepter une soumission grevée d'une non-conformité. À l'heure actuelle, l'état du droit est dicté par la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Tapitec*, à l'aide du test en trois étapes mentionné plus haut.

Cette démarche est utile et suggère une méthode structurée pour distinguer les exigences essentielles ou accessoires d'un appel d'offres. Elle se révèle toutefois incomplète puisqu'elle se limite à l'interprétation du contrat « A », et ne s'intéresse pas à la nature du vice contenu dans la soumission. En d'autres mots, le test de l'arrêt *Tapitec* établit efficacement le barème à l'aide duquel la nature de l'exigence des documents d'appel d'offres devra être évaluée, mais il n'indique pas la manière de procéder à l'évaluation de la non-conformité elle-même.

Une démarche plus complète serait plutôt divisée en deux temps, que nous proposons de délimiter ainsi :

1. Dans un premier temps, déterminer le **caractère essentiel** ou **accessoire** de l'exigence des documents d'appel d'offres, pour préciser le contenu exact du contrat « A »;
2. Dans un second temps :
 - a. Si c'est une exigence accessoire, déterminer si l'organisme public a bien **exercé sa discrétion** de rejeter ou non la soumission;
 - b. Si c'est une exigence essentielle, déterminer si la soumission est grevée d'un **vice majeur** ou d'un **vice mineur**.

La démarche que nous exposons offre l'avantage de distinguer entre les caractéristiques contractuelles des documents d'appel d'offres, d'une part, et la gravité des vices qui se trouvent dans les soumissions, d'autre part. Cette démarche incorpore également certains critères de révision judiciaire lorsque le droit public est applicable. La première étape est actuellement gérée par le test de l'arrêt *Tapitec*, alors que la seconde consiste en une proposition originale que nous décrirons plus en détail ci-dessous.

Puisque la conformité d'une soumission dépend à la fois du cadre normatif, de la formulation des exigences des documents d'appel d'offres

et de la nature exacte du vice apparaissant à la soumission, l'analyse de conformité devra être faite au cas par cas, et il ne pourra que rarement être présumé qu'une exigence considérée comme essentielle ou accessoire dans un jugement antérieur le sera toujours dans des circonstances différentes²⁸.

A. Première étape : S'agit-il d'exigence essentielle ou accessoire de l'appel d'offres?

La détermination du caractère essentiel ou accessoire de l'exigence formulée dans les documents d'appel d'offres devrait être la première étape de la démarche d'analyse de conformité, mais non la seule. Cette étape est gouvernée au premier chef par le contenu du contrat « A ».

Comme les clauses des documents d'appel d'offres définissent le contrat « A », la détermination du caractère essentiel ou accessoire d'une exigence particulière est souvent, lorsque les termes de la loi ou les modalités du contrat ne sont pas déterminatifs quant à cette question, une question d'interprétation de ce contrat, tâche qui revient en dernier lieu au juge et non à l'une ou l'autre des parties. Voici ce que disait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense 1951 ltée* :

54 L'intimée allègue qu'elle était de bonne foi lorsqu'elle a considéré la soumission de SoroChan comme conforme, mais ce n'est pas une défense dans une action pour rupture de contrat : cela revient à dire que parce qu'elle a pensé qu'elle avait interprété correctement le contrat, elle ne peut commettre de manquement. Le fait d'agir de bonne foi ou le fait de penser avoir interprété correctement le contrat ne constituent pas des moyens de défense valables dans une action pour rupture de contrat²⁹.

²⁸ Sur cette question, voir Marco RIVARD, préc., note 10, préface.

²⁹ *M.J.B. Enterprises*, préc., note 7. La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Bau Québec ltée c. Ste-Julie (Ville)*, [1999] R.J.Q. 2650 (C.A.), a approuvé cet aspect de la décision de la Cour suprême dans le contexte québécois : « Le fait d'avoir agi de bonne foi en croyant interpréter correctement la soumission de Valgeau ne saurait constituer une défense à l'action de l'appelante » (par. 33). Au même effet, voir la dissidence du juge Giroux dans l'arrêt *Raby*, 2008 QCCA 1830, par. 53.

L'organisme public adjudicateur n'a donc que peu ou pas de discrétion puisque la détermination du caractère essentiel ou accessoire d'une exigence des documents d'appel d'offres découle du contrat « A ». Or, la nature contractuelle de l'appel d'offres, telle que l'a déterminée la Cour suprême dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises*, fait en sorte que l'organisme public ne dispose d'aucune marge discrétionnaire au moment de l'interprétation des documents; tout au plus peut-il se réserver une certaine marge de manœuvre à même les documents d'appel d'offres à l'aide de la clause de réserve³⁰ ou d'exigences habilement formulées. Placé dans le contexte d'un appel d'offres en bonne et due forme, un organisme public ne dispose pas plus de discrétion que n'importe quelle partie privée qui tente d'interpréter la nature de ses obligations contractuelles³¹.

Les dispositions de droit commun du *Code civil du Québec*³² pourront guider les parties et, éventuellement, le juge dans l'interprétation du contrat « A ». Étant donné que les documents d'appel d'offres constituent habituellement les clauses du contrat « A », et que ces documents sont préparés unilatéralement par l'organisme public adjudicateur, le contrat « A » est souvent considéré comme un contrat d'adhésion³³. Dans de tels cas, le contrat « A » devra être interprété en faveur de l'adhérent³⁴, c'est-à-dire des soumissionnaires conformes³⁵. Il faudra toutefois être prudent pour ne pas

³⁰ La clause de réserve (à savoir que l'organisme public ne s'engage à accepter aucune des soumissions reçues) qui se trouve habituellement dans les documents d'appel d'offres donne à l'organisme public adjudicateur la discrétion nécessaire pour n'accorder le contrat à aucun entrepreneur, ce qui peut mener à la publication d'un nouvel appel d'offres avec des exigences différentes. Voir, par exemple, l'arrêt 9153-5955 *Québec inc. c. St-Liguori (Municipalité de)*, 2015 QCCS 4378, par. 52.

³¹ Il est toutefois possible que la discrétion aménagée par la clause de réserve soit interprétée différemment par les tribunaux lorsque cette clause est imposée par la réglementation applicable.

³² Voir les articles 1425 à 1432 *Code civil du Québec*.

³³ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, [1999] R.J.Q. 929.

³⁴ *Code civil du Québec*, RLRQ c. CCQ-1991, art. 1432 (ci-après « C.c.Q. »).

³⁵ Un contrat « A » existe entre l'organisme public adjudicateur et chaque soumissionnaire dont l'offre est conforme : *M.J.B. Enterprises*, préc., note 7.

interpréter une clause en faveur d'un seul soumissionnaire au détriment des autres qui ont, eux aussi, déposé une soumission conforme.

Il existe plusieurs indices permettant de déterminer avec plus ou moins de certitude le caractère essentiel ou accessoire d'une exigence des documents d'appel d'offres. Nous les décrivons ci-dessous par ordre décroissant de certitude.

1. Les dispositions d'ordre public et l'intégrité du processus

Certaines exigences du contrat « A » sont considérées comme étant d'ordre public et sont donc nécessairement des exigences essentielles des documents d'appel d'offres. Ces exigences ne se prêtent nécessairement pas à un exercice d'interprétation de l'intention des parties.

La loi, les règlements ou d'autres normes juridiques peuvent forcer les organismes publics à inclure certaines exigences dans les documents d'appel d'offres. Par exemple, l'article 7 (1) 1^o du *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*³⁶ exige qu'une soumission qui n'a pas été déposée dans les délais soit automatiquement rejetée. Dans un tel cas, l'exigence des documents d'appel d'offres indiquant la date limite de réception des soumissions doit être considérée comme étant d'ordre public et, en conséquence, essentielle. Il en sera de même si des autorisations ministérielles particulières sont requises en vertu d'une loi³⁷, ou lorsque les règlements applicables exigent que les soumissionnaires joignent à leur soumission une attestation de Revenu Québec³⁸.

De plus, certaines exigences des documents d'appel d'offres auront eu pour effet de limiter la concurrence. Par exemple, dans l'arrêt *Tapitec*, une exigence des documents d'appel d'offres faisait en sorte de restreindre la concurrence aux seules entreprises en activité depuis au moins cinq ans au Québec. Comme cette clause avait vraisemblablement découragé diverses entreprises, elle devait être considérée comme une exigence

³⁶ *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, préc., note 4.

³⁷ *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, par. 29-32.

³⁸ *Option Métal Recyclé du Québec c. Hydro-Québec*, 2017 QCCS 429, par. 60.

essentielle de l'appel d'offres, car le fait d'ignorer cette exigence à l'étape de l'évaluation de la conformité affecterait l'intégrité même du processus d'appel d'offres³⁹; en effet, s'ils avaient su qu'une telle exigence serait considérée comme accessoire, d'autres soumissionnaires auraient peut-être tenté leur chance. Un organisme public désireux de passer outre à une telle exigence devrait donc plutôt considérer le rejet de toutes les soumissions (grâce à la clause de réserve), puis la publication d'un nouvel appel d'offres dans lequel la clause en question serait modifiée, dans le but d'obtenir davantage de soumissions répondant aux exigences. Ce sont les cours de justice qui décident ultimement lesquelles constituent des exigences d'ordre public.

Au bout du compte, l'imposition de la procédure d'appel d'offres aux organismes publics vise des fins d'intérêt public et la promotion de la saine gestion du contrat. Un mécanisme intègre d'appel d'offres assure non seulement une mise en concurrence efficace des cocontractants de l'État (et donc, en principe, un meilleur prix et l'épargne de fonds publics), mais également un mécanisme fiable pour éviter le favoritisme⁴⁰. Ainsi, les clauses d'un appel d'offres qui participent à l'un ou l'autre de ces objectifs contribuent à l'intégrité du processus et pourraient, en conséquence, être considérées comme étant d'ordre public.

2. La formulation des exigences et l'intention des parties

Les obligations réciproques des parties à l'appel d'offres (l'organisme public adjudicateur et les soumissionnaires) existent en vertu du contrat « A ». Par conséquent, la nature et la portée exactes de ces obligations dépendent de la formulation des exigences des documents d'appel d'offres. Par exemple, ceux-ci prévoient souvent expressément que des clauses précises doivent être considérées comme essentielles ou que les soumissions qui ne respectent pas ces exigences seront « automatiquement rejetées⁴¹ ». Au contraire, les documents d'appel d'offres peuvent également prévoir que

³⁹ *Tapitec*, préc., note 13, par. 19 et 37.

⁴⁰ Voir P. GIROUX et D. LEMIEUX, préc., note 20.

⁴¹ Voir l'arrêt *Entreprises Marchand & Frères inc. c. Société d'énergie de la Baie James*, 2011 QCCA 1218.

l'organisme public pourra permettre aux soumissionnaires de corriger des erreurs ou que l'organisme public conservera une certaine discrétion pour adjuger le contrat malgré une non-conformité à l'égard de certaines exigences⁴². Dans ce cas, les exigences ainsi indiquées auront un caractère accessoire (à moins qu'elles ne relèvent de l'ordre public, auquel cas une telle stipulation dans les documents d'appel d'offres serait nulle⁴³).

Dans ce contexte, une attention particulière doit être accordée à l'intention première de l'organisme public dans les documents d'appel d'offres puisque c'est ce dernier qui aura rédigé les documents d'appel d'offres, habituellement de manière unilatérale. Ce fait emporte une double conséquence. Premièrement, ainsi que nous l'avons mentionné ci-dessus, les exigences du contrat « A » seront habituellement considérées comme faisant partie d'un contrat d'adhésion⁴⁴, ce qui suppose que les clauses abusives, externes ou illisibles pourront être annulées par le tribunal⁴⁵. Deuxièmement, en cas de doute, le contrat doit s'interpréter en faveur du soumissionnaire⁴⁶, mais la prudence est alors de rigueur car, comme nous l'avons indiqué plus haut, le contrat doit être interprété en faveur de tous les soumissionnaires, y compris ceux qui ne contestent pas son application devant les tribunaux.

Par ailleurs, les obligations convenues au contrat « A » ne se limitent pas à ce qui y est exprimé expressément. Comme tout contrat, le contrat

⁴² Par exemple, dans l'arrêt *EBC inc. c. Ville de Montréal*, 2017 QCCS 5480, par. 4, une clause des documents d'appel d'offres prévoyait ceci : « S'il est de l'intérêt de la Ville, elle peut passer outre à tout vice ou défaut que peut contenir la soumission et permettre, à sa discrétion, à tout soumissionnaire de corriger sa soumission dans la mesure où cette correction n'affecte pas le prix de sa soumission, sous réserve de ce qui est prévu à l'article 1.1.4. »

⁴³ C.c.Q., art. 1373 (2).

⁴⁴ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, préc., note 33.

⁴⁵ Voir, par exemple, l'arrêt *3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal*, 2008 QCCA 722, par. 52-54.

⁴⁶ C.c.Q., art. 1432.

de soumission peut comporter des obligations implicites⁴⁷, découlant de « sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi⁴⁸ ».

3. L'égalité entre les soumissionnaires, l'incidence sur le prix et l'effet sur la concurrence

Pour que la procédure d'adjudication réponde effectivement à la définition d'un appel d'offres, une des conditions (habituellement implicite) du contrat « A » doit porter sur le fait que le donneur d'ouvrage s'engage à évaluer les soumissions de manière équitable et uniforme⁴⁹. Une exigence s'avère donc nécessairement essentielle si elle peut avoir un impact sur l'égalité entre les soumissionnaires :

Pour qualifier une irrégularité de mineure ou de majeure, le facteur déterminant est celui de l'égalité des soumissionnaires. L'irrégularité ne doit pas avoir d'effet sur le prix de la soumission; elle ne doit pas avoir rompu l'équilibre entre les soumissionnaires, l'un des principes directeurs en matière d'adjudication de contrat par voie de soumissions publiques⁵⁰.

Toute exigence qui se révèle nécessaire pour que les soumissionnaires soient en mesure de préparer leur soumission (par exemple, sur laquelle ils doivent s'appuyer afin de faire leurs calculs), ou qui est indispensable en vue de faciliter une comparaison utile des soumissions, constitue donc une exigence essentielle. Cela inclut également

⁴⁷ Le contrat « A » comporte notamment des obligations implicites pour l'organisme public adjudicateur de n'accepter qu'une soumission conforme et de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité : *M.J.B. Enterprises*, préc., note 7; *Martel Building Ltd. c. Canada*, préc., note 7.

⁴⁸ C.c.Q., art. 1434.

⁴⁹ La Cour suprême, dans l'arrêt *Martel Building Ltd. c. Canada*, préc., note 7, par. 88, a conclu qu'il existe une « obligation implicite d'évaluer les soumissions de façon équitable et uniforme », et ce, aux fins de « l'efficacité commerciale de la procédure d'appel d'offres ».

⁵⁰ *RPM Tech*, préc., note 16, par. 28.

les exigences qui peuvent avoir eu pour effet de décourager des soumissionnaires potentiels⁵¹.

En conséquence, seront généralement considérées comme des exigences essentielles des documents d'appel d'offres celles qui pourraient avoir un impact sur le prix des soumissions. En effet, étant donné que l'organisme public peut éventuellement renoncer à une exigence accessoire de l'appel d'offres, celle-ci ne saurait influencer le prix de la soumission sans rompre l'égalité entre les soumissionnaires parce que ceux-ci, s'ils avaient su que l'organisme public renoncerait à telle exigence, auraient pu adapter leur soumission en conséquence. Par exemple, un organisme public qui renoncerait à une exigence touchant une norme relative à la qualité d'un produit (comme une norme ISO ou édictée par le Bureau de normalisation du Québec) désavantagerait inmanquablement les soumissionnaires qui ont respecté les documents d'appel d'offres, tenu compte de cette exigence dans leurs calculs⁵² et augmenté ainsi le prix de leur soumission. De plus, des personnes qui n'ont pas soumissionné l'auraient peut-être fait si elles avaient su que l'organisme public renoncerait à une exigence à laquelle elles ne pouvaient pas se conformer.

B. Seconde étape : La révision de l'exercice de la discrétion ou la caractérisation du vice

La seconde étape du processus d'évaluation de la conformité dépend de la qualification du caractère essentiel ou accessoire de l'exigence. Si cette dernière est accessoire, il faut s'interroger sur la légalité de l'exercice de la discrétion de l'organisme public d'abandonner cette exigence ou non; si elle s'avère essentielle, on se doit d'identifier la nature du vice (mineur ou majeur) dont la soumission est grevée.

⁵¹ Voir notamment l'article 2 (1) 3° de la LCOP, qui promeut « la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ». Voir aussi l'arrêt *Tapitec*, préc., note 13, par. 33.

⁵² Voir, par exemple, l'arrêt *Produits Delta Victo ltée c. Ed Brunet et Associés Canada inc.*, 2006 QCCQ 13427.

1. L'exigence accessoire : l'organisme public a-t-il bien exercé sa discrétion?

Si l'offre la plus basse fait défaut de remplir une exigence accessoire des documents d'appel d'offres, l'organisme public est aux prises avec un dilemme. Peut-il simplement passer outre à cette exigence? Doit-il permettre au soumissionnaire de corriger son erreur? Ou devrait-il plutôt rejeter la soumission?

La réponse dépend du contexte factuel et de l'intention de l'organisme public. Si l'organisme adjudicateur était une partie privée, il aurait pleine discrétion pour décider s'il était dans son intérêt personnel de retenir ou de rejeter la soumission. L'organisme public est toutefois soumis à des règles de droit public et est ici placé devant diverses questions de fait qu'il a le devoir d'évaluer au cas par cas. Comme l'exigence des documents d'appel d'offres n'est qu'accessoire, l'organisme public adjudicateur devrait pouvoir choisir parmi plusieurs issues possibles acceptables, et son choix devrait être exercé judicieusement – pour ne pas dire raisonnablement⁵³. L'exercice de ce pouvoir décisionnel par un organisme public, même dans le contexte de l'exécution d'un contrat, constitue alors un pouvoir discrétionnaire.

Comme tout autre pouvoir discrétionnaire, l'exercice de ce pouvoir sera soumis aux règles de droit administratif relatives à l'action administrative – le pouvoir discrétionnaire devra notamment être exercé au cas par cas, et dans le respect de la règle d'égalité de traitement⁵⁴. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, l'organisme public devrait toutefois prendre en considération les éléments suivants et présumer que :

⁵³ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65.

⁵⁴ Voir Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 258 et suivantes.

- le respect des lois et des règlements est dans l'intérêt public⁵⁵;
- le fait de retenir l'offre la plus basse préserve les fonds publics et est dans l'intérêt des contribuables⁵⁶;
- l'intérêt public commande la saine gestion des contrats publics⁵⁷.

Un soumissionnaire injustement évincé pourrait quand même intenter un recours contre l'organisme public adjudicateur s'il démontrait que celui-ci a agi de mauvaise foi à son égard. Ce sera alors un recours pour bris du contrat « A », sur la base de l'article 1458 C.c.Q. Tel recours n'aura pas nécessairement à inclure des conclusions relevant du pourvoi en contrôle judiciaire⁵⁸. Si les délais le permettent, il pourrait également être question d'intenter un pourvoi en contrôle judiciaire pour exiger le réexamen de l'exercice de la discrétion par l'organisme public⁵⁹.

2. L'exigence essentielle : est-ce un vice mineur ou majeur?

La situation devient plus complexe lorsque l'offre la plus basse n'est pas conforme quant à une exigence essentielle des documents d'appel d'offres. Si l'on accepte la prémisse de notre article, à savoir que le tribunal doit se pencher tant sur le caractère essentiel ou accessoire de l'exigence que sur la nature mineure ou majeure du vice, il en découle que l'organisme public adjudicateur n'est pas toujours dans l'obligation de rejeter une soumission non conforme quant à une exigence essentielle. Il n'aura à le faire que si elle présente un vice majeur quant à une exigence essentielle de

⁵⁵ Voir notamment l'arrêt *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, par. 9.

⁵⁶ Voir notamment : *Ville de Rimouski*, préc., note 13, par. 30, 89 et 121; *Savoir-Faire Linux inc. c. Régie des rentes du Québec*, 2009 QCCS 6612, par. 188; *CML Entrepreneur général inc. c. Ville de Val-d'Or*, 2017 QCCS 2834, par. 15; *Sky Jet MG inc. c. Centre intégré de santé et de services sociaux de la Côte-Nord*, 2017 QCCS 6046, par. 99.

⁵⁷ LCOP, art. 2 et 14. Voir également les commentaires sous la rubrique « L'intérêt public », dans Pierre GIROUX, Denis LEMIEUX et Nicholas JOBIDON, *Contrats des organismes publics – Loi commentée*, 2^e éd., Brossard, CCH, 2013, p. 105.

⁵⁸ *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62.

⁵⁹ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 529.

l'appel d'offres. La détermination de la nature mineure ou majeure du vice s'avère donc fondamentale pour apprécier le bien-fondé d'un recours éventuel par un soumissionnaire évincé.

L'arrêt *Ville de Rimouski*, dont les faits sont relatés plus haut, constitue un excellent exemple de situation où il aurait été dans l'intérêt public de passer outre à un vice mineur quant à une exigence essentielle. Dans cette affaire, la Cour d'appel aurait pu considérer que l'exigence des documents d'appel d'offres relative à la présentation d'un cautionnement de 150 000 \$ était une exigence essentielle. Toutefois, puisque le cautionnement présenté par le soumissionnaire Structures GB présentait « un simple écart de 9 517 \$⁶⁰ » par rapport au montant exigé, ce n'était qu'un vice mineur, et la Ville de Rimouski aurait pu, en conséquence, octroyer le contrat à ce soumissionnaire malgré la non-conformité. Si, par hypothèse, la soumission de Structures GB n'avait comporté aucun cautionnement valable, telle omission aurait constitué un vice majeur quant à une exigence essentielle, et la Ville n'aurait pas eu la possibilité de retenir ladite soumission⁶¹.

À partir du même exemple, nous pouvons imaginer tout un continuum de vices possibles dans la soumission. Serait-il toujours question d'un vice mineur si le cautionnement avait accusé un écart de 20 000, de 50 000 ou de 100 000 \$ par rapport au montant exigé? Comment établir la démarcation entre les vices majeurs ou mineurs? À qui revient cette responsabilité? Est-ce une question d'interprétation contractuelle par le tribunal ou d'exercice de pouvoir discrétionnaire par l'organisme public?

Contrairement au caractère essentiel ou accessoire des documents d'appel d'offres, pure question d'interprétation contractuelle relevant du juge (et non du décideur administratif qu'est l'organisme public), la nature mineure ou majeure du vice représente l'écart entre l'offre d'un entrepreneur et l'intention exprimée (et cristallisée dans les documents d'appel d'offres) par l'organisme public adjudicateur. La détermination de la nature mineure ou majeure du vice a un impact sur les attentes légitimes des soumissionnaires, et sur les promesses contractuelles faites par

⁶⁰ *Ville de Rimouski*, préc., note 13, par. 36.

⁶¹ *Id.*

l'organisme public, en vertu des autres contrats « A », c'est-à-dire des contrats « A » liant l'organisme public et les soumissionnaires autres que celui dont la soumission est grevée d'une non-conformité quant à une exigence essentielle. La nature mineure ou majeure du vice dépend donc entièrement de l'engagement pris par l'organisme public de ne donner le contrat qu'à un soumissionnaire dont l'offre est conforme, de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité et de respecter les principes de l'appel d'offres de manière à assurer à chaque concurrent une chance égale de succès. En principe, la nature mineure ou majeure du vice ne dépend donc pas des modalités du contrat « A » liant l'organisme public adjudicateur au soumissionnaire non conforme, mais plutôt des modalités du contrat « A » le liant aux autres soumissionnaires.

En d'autres mots, l'organisme public adjudicateur est débiteur de diverses prestations en vertu des contrats « A » conclus avec tous les soumissionnaires conformes (mais seulement avec ces derniers). En cas de défaut par l'organisme public de s'acquitter de ses obligations à l'égard de ses créanciers (les soumissionnaires conformes), il revient à ceux-ci d'en exiger l'exécution. En théorie, c'est donc au créancier, soumissionnaire dont l'offre est conforme qui aurait dû obtenir le contrat, que revient la responsabilité de déterminer s'il est en présence d'un vice mineur ou majeur. En pratique, lorsque le créancier se prévaut de son droit à l'exécution de l'obligation par l'organisme public⁶², il reviendra au tribunal de déterminer si, en effet, l'inexécution par l'organisme public se révèle suffisamment grave pour considérer que celui-ci ne s'est pas déchargé « entièrement » de son obligation⁶³, c'est-à-dire si l'organisme public a effectivement passé outre

⁶² C.c.Q., art. 1590.

⁶³ En matière d'exécution du contrat « A », le recours le plus usité pour un soumissionnaire est l'exécution par équivalent à l'aide d'un recours en dommages-intérêts pour perte de profits. La situation du contrat « A » ne se prête pas à une résolution du contrat et à l'application de l'article 1604 C.c.Q., car l'organisme public ne peut pas avoir partiellement respecté ses obligations de donner le contrat à un soumissionnaire dont l'offre est conforme, tout en ayant respecté l'égalité entre les soumissionnaires.

à un vice majeur quant à une exigence essentielle et a commis de ce fait une faute contractuelle au sens de l'article 1458 C.c.Q.⁶⁴

À noter toutefois que les exigences des appels d'offres n'appellent pas elles-mêmes une qualification quant à leur intensité (obligation de résultat ou de moyen). Les soumissions constituent des offres faites en réponse à un appel d'offres par l'organisme public adjudicateur. Même si l'appel d'offres demande des offres qui correspondent à certains critères, les soumissionnaires n'ont aucune obligation, contractuelle ou autre, de déposer des soumissions conformes ou qui répondent en tous points aux exigences de l'appel d'offres. Les soumissionnaires sont libres de déposer une soumission qui propose une solution alternative, et qui est donc délibérément non conforme à l'appel d'offres⁶⁵, ou même, en théorie, de déposer une soumission humoristique qui ne répondrait aucunement aux besoins de l'organisme public, et ce, sans encourir de responsabilité civile⁶⁶. Il ne saurait donc être question de déterminer si les documents d'appel d'offres créaient une obligation de moyen ou de résultat pour les soumissionnaires, par exemple, de déposer un cautionnement d'un montant suffisant.

La question que doit se poser le tribunal n'est donc pas la suivante : « Le soumissionnaire a-t-il répondu à ses obligations dans sa soumission ? » Il doit plutôt envisager la situation ainsi : « L'offre contenue dans la soumission répond-elle aux exigences (essentiels) exprimées par l'organisme public dans ses documents d'appel d'offres, de telle sorte qu'en retenant cette offre l'organisme public a respecté son obligation contractuelle, en

⁶⁴ Cette obligation est formulée de manière éloquent dans l'affaire *Télécommunications Xittel inc. c. Commission scolaire Pierre-Neveu*, 2008 QCCS 972 (appel rejeté C.A. 2010-01-28, 500-09-018558-080), par. 18 : « Il faut donc, pour que la conduite du maître d'œuvre constitue une faute, qu'il y ait violation des règles d'attribution que la Commission scolaire s'impose en lançant son appel d'offres. » Le jugement ne fait toutefois pas référence à l'article 1458 C.c.Q.

⁶⁵ Un soumissionnaire pourrait déposer une offre délibérément non conforme dans le but, par exemple, d'obtenir que l'organisme public procède à un nouvel appel d'offres avec des exigences remaniées. Voir l'arrêt *Centre Routier inc. c. St-Luc de Matane (Municipalité)*, J.E. 92-513 (C.S.).

⁶⁶ Il est en théorie envisageable que le dépôt d'une telle soumission constitue une faute au sens de l'article 1457 C.c.Q.

vertu du contrat « A », de n'octroyer le contrat qu'à un soumissionnaire dont l'offre est conforme et de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité? »

En conséquence, dans l'appréciation de l'existence d'une faute contractuelle commise par l'organisme public adjudicateur au moment de la qualification de la nature mineure ou majeure d'un vice quant à une exigence essentielle de l'appel d'offres, le tribunal pourra prendre en considération les trois éléments présentés ci-dessous, sans ordre particulier et de manière non exhaustive.

a. La gravité de l'erreur quant à l'exigence des documents d'appel d'offres

L'analyse à cette étape est plutôt centrée sur l'étude de la soumission et de son écart par rapport aux exigences de l'appel d'offres : il faut ici calculer, en quelque sorte, la distance qui sépare l'exigence incluse dans le devis et l'offre présentée dans la soumission. Une distance plus grande est un indice qu'il s'agit d'un vice majeur.

Une absence complète de réponse quant à une exigence essentielle est nécessairement un vice majeur, tandis qu'une différence moindre pourrait être l'indice d'un vice mineur. Pour que le vice soit considéré comme mineur, la soumission doit par ailleurs être conforme « pour l'essentiel⁶⁷ », c'est-à-dire qu'elle doit répondre aux considérations qui ont justifié l'inclusion de cette clause dans les documents d'appel d'offres. À titre d'illustration, dans l'arrêt *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville d')*, la juge Charron, au nom des quatre juges dissidents sur la question de la responsabilité de la Ville quant à la vérification de l'information de la soumission, a estimé qu'une soumission qui proposait une déneigeuse qui datait de 1979 était non conforme pour l'essentiel aux documents d'appel d'offres qui exigeaient des déneigeuses de 1980 ou plus récentes, puisque la Ville avait inclus cette exigence parce qu'elle « savait par expérience que les modèles plus vieux avaient tendance à tomber en panne plus souvent⁶⁸ ».

⁶⁷ *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville d')*, préc., note 12, par. 109 et 110 (j. Charron, dissidence).

⁶⁸ *Id.*, par. 111.

Comme le tribunal évalue l'existence d'une faute contractuelle de la part de l'organisme public adjudicateur, il devra obligatoirement tenir compte des attentes des soumissionnaires avec qui l'organisme avait un contrat « A » valide, notamment en fonction des usages dans le domaine des soumissions. Par exemple, la Cour d'appel dans l'arrêt *Ville de Rimouski* a pris en considération le fait qu'il est d'usage dans l'industrie de demander un cautionnement de 10 p. 100 du prix de la soumission pour déterminer que le vice quant au montant du cautionnement était mineur⁶⁹ et que cet usage influe nécessairement sur les attentes des soumissionnaires. Dans cette étude des attentes des soumissionnaires, le tribunal pourra également considérer le comportement antérieur de l'organisme public adjudicateur⁷⁰, car ses agissements auront pu avoir un impact sur les attentes des soumissionnaires.

b. La possibilité pour le soumissionnaire de corriger son erreur

Un autre indice pertinent pour déterminer la nature mineure ou majeure d'une non-conformité quant à une exigence essentielle de l'appel d'offres est le caractère rectifiable de l'erreur, lorsque cette correction ne causerait pas préjudice aux autres soumissionnaires. En effet, puisqu'à cette étape il a déjà été déterminé que le vice porte sur une exigence essentielle de l'appel d'offres, et que l'organisme public ne peut passer outre à une telle exigence, l'acceptation d'une soumission affublée d'un vice mineur revient souvent à permettre au soumissionnaire de corriger le vice, que ce soit séance tenante ou à un moment ultérieur.

Ainsi, dans l'arrêt *R.P.M. Tech inc. c. Gaspé (Ville de)*, la Cour d'appel s'est montrée favorable à la décision de la Ville de Gaspé de permettre au soumissionnaire qui avait présenté l'offre la plus basse d'apporter des modifications techniques à une souffleuse afin que celle-ci puisse se conformer à l'exigence essentielle de performance prévue dans les documents

⁶⁹ *Ville de Rimouski*, préc., note 13, par. 44 et 87.

⁷⁰ Voir l'affaire *Bouffard Sanitaire inc. c. Avignon (Municipalité régionale de comté d')*, 2015 QCCS 5263; confirmé en appel dans l'arrêt *Municipalité régionale de comté d'Avignon c. Bouffard Sanitaire inc.*, 2017 QCCA 912. Voir aussi C.c.Q., art. 1426.

d'appel d'offres, soit la capacité de souffler 20 000 pieds cubes de neige par minute⁷¹.

Un autre exemple de vice mineur rectifiable est le cas des simples erreurs matérielles ou mathématiques dans une soumission. Par exemple, une erreur dans un taux unitaire qui n'a pas eu d'impact sur le prix ultime d'une soumission (et donc sur l'ordre des soumissionnaires) peut être corrigée⁷². La règle d'or en ce qui a trait à la correction de ce type d'erreur est que les modifications sont généralement permises pour rendre les informations apparaissant dans la soumission conformes à la réalité. Ainsi, en certains cas, la correction d'erreurs pourrait même avoir un impact sur le prix et sur l'ordre des soumissionnaires; un formalisme trop rigoureux à cet égard irait à l'encontre du principe en droit des marchés publics voulant que la procédure d'appel d'offres serve à épargner les fonds publics⁷³.

Dans le respect de cette règle d'or, en certains cas, l'organisme public adjudicateur pourrait être en mesure de corriger ce type d'erreurs lui-même, surtout lorsque la situation peut s'expliquer par des instructions confuses ou incomplètes dans les documents d'appel d'offres remis au soumissionnaire. Il en a été ainsi dans un cas où une entreprise avait, par inadvertance, interverti les enveloppes pour ses soumissions en réponse à deux appels d'offres distincts publiés par la Ville de Granby, et dont l'ouverture était prévue le même jour. Bien qu'il n'existe aucun doute que le dépôt d'une soumission au bon endroit et en réponse au bon appel d'offres soit une exigence essentielle de l'appel d'offres⁷⁴, la Ville s'est aperçue de

⁷¹ Gaspé, préc., note 16, par. 13.

⁷² Voir notamment l'arrêt *Excavation Unibec inc. c. Girardville (Municipalité de)*, 2015 QCCA 101.

⁷³ *Cosoltec inc. c. Pointe-Claire (Ville de)*, 2013 QCCS 2967, par. 75 : « Il est dans l'intérêt public de permettre à une ville de corriger de simples erreurs mathématiques dans les soumissions déposées à la suite d'un appel d'offres, et ce, même si ces corrections ont pour effet de changer l'ordre des soumissionnaires ». En fonction de la rédaction des documents d'appel d'offres, l'organisme public pourrait être dans l'obligation d'apporter certaines corrections aux soumissions : *Bau Québec ltée c. Ste-Julie (Ville)*, [1999] R.J.Q. 2650 (C.A.).

⁷⁴ P. GIROUX et D. LEMIEUX, préc., note 20. Voir aussi les règlements d'application de la LCOP, qui prévoient expressément ces exigences et en font donc des exigences d'ordre public.

l'erreur lors de l'ouverture des appels d'offres : elle a alors spontanément décidé de tenir compte des soumissions dans le contexte des appels d'offres pour lesquels celles-ci avaient été préparées, plutôt que pour ceux pour lesquels lesdites soumissions avaient été déposées. La Cour supérieure a accepté cette façon de procéder par la Ville⁷⁵.

Un autre exemple de vice susceptible d'être corrigé concerne les exigences relatives au dépôt ou à la signature de documents préalablement à l'ouverture des soumissions. Par exemple, il a été jugé qu'une soumission qui n'incluait pas l'attestation de Revenu Québec exigée par règlement (exigence essentielle parce qu'elle est d'ordre public) n'est pas nécessairement non conforme s'il s'agit d'une erreur faite de bonne foi qui n'a pas d'impact sur le prix, dans la mesure où le soumissionnaire peut remédier à cette lacune⁷⁶.

Un soumissionnaire ne peut jamais corriger des erreurs dans sa soumission dans les cas où il pourrait, de ce fait, mettre à profit des informations additionnelles obtenues lors de l'ouverture des soumissions ou après celle-ci, car cette façon de procéder briserait l'équité entre les soumissionnaires. Il ne faut pas non plus permettre à un soumissionnaire de décider s'il modifiera sa soumission ou non, au vu des prix déposés par les autres soumissionnaires. Par exemple, devrait-on autoriser un soumissionnaire à signer formellement sa soumission après l'ouverture des soumissions? Dans l'arrêt *Mercier c. Raby*, la majorité de la Cour d'appel avait considéré que l'absence de signature était un vice mineur qui pouvait être corrigé séance tenante lors de l'ouverture des soumissions⁷⁷; le juge Giroux, dissident, considérerait plutôt que cette façon de faire portait atteinte à l'équité entre les

⁷⁵ *Bertrand Ostiguy inc. c. Ville de Granby*, 2018 QCCS 17.

⁷⁶ *Sécurité BSL ltée c. Cégep de Rimouski*, 2011 QCCS 3434, par. 53 et 62, dans le contexte où l'organisme public adjudicateur avait lui-même omis de préciser cette exigence dans ses documents d'appel d'offres.

⁷⁷ *Raby*, préc., note 15, par. 15, 17 et 26.

soumissionnaires⁷⁸ dans la mesure où celui-ci aurait pu alors décider de donner suite à sa soumission ou non⁷⁹.

c. Le risque de préjudice aux autres soumissionnaires

Un vice doit être considéré comme majeur si le fait de l'ignorer causerait préjudice aux autres soumissionnaires, car l'organisme public ferait alors défaut à son obligation de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité et commettrait dès lors une faute contractuelle à leur égard au sens de l'article 1458 C.c.Q.⁸⁰ À noter qu'il n'est pas question ici de juger si l'exigence des documents d'appel d'offres risque de faire jouer le critère de l'égalité entre les soumissionnaires (l'expression du critère d'équité a déjà été prise en considération plus haut, au moment de la détermination du caractère essentiel ou accessoire de l'exigence), mais plutôt de préciser s'il est impossible pour l'organisme public d'accepter une soumission grevée d'un vice sans contrevenir à son obligation contractuelle de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité.

Ainsi, il ne faudrait pas considérer que le même vice est mineur quand il émane d'un certain soumissionnaire, mais majeur quand il se rattache à un autre. Un organisme public qui permet à un soumissionnaire de modifier sa soumission, par exemple, devrait autoriser tous les soumissionnaires à faire de même⁸¹, du moins pour une exigence identique ou des exigences similaires; le même vice qui apparaît dans deux soumissions doit être traité de manière uniforme par l'organisme public⁸². En outre, celui-ci ne devrait pas faire preuve de favoritisme, par exemple en étant davantage strict ou permissif envers une entreprise qu'envers une autre :

⁷⁸ *Id.*, par. 51. Le juge Giroux était plutôt d'avis qu'il ne devrait exister aucune possibilité pour les soumissionnaires de corriger leur soumission après la date limite d'ouverture (par. 56-59).

⁷⁹ Voir aussi l'arrêt *3469051 Canada inc. c. Hôpital juif de réadaptation*, 2009 QCCA 880, par. 40.

⁸⁰ En d'autres mots, il faudra voir si l'organisme public a « honoré les engagements qu'il a contractés » : Frédéric LÉVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 557.

⁸¹ Voir, par analogie, l'arrêt *3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal*, préc., note 45.

⁸² *9078-7607 Québec inc. c. Colombier (Municipalité de)*, 2016 QCCA 1913, par. 6.

Mais, ici, [la Ville] a manifesté un rigorisme surprenant, à la lumière des arrêts précités de notre Cour, en ce qui concerne le plus bas soumissionnaire, alors que, par la suite, elle a su faire preuve d'une grande souplesse à l'égard des deuxième et troisième plus bas soumissionnaires. Or, elle avait l'obligation de traiter tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité. Dans la mesure où elle était prête à permettre à deux des soumissionnaires de clarifier leur soumission en temps utile avant la décision du Conseil, je suis d'avis qu'elle devait accorder la même opportunité à l'intimée, et ainsi respecter la règle du plus bas soumissionnaire⁸³.

Cela équivaut à un traitement de faveur qui va à l'encontre des obligations contractuelles de l'organisme public relatives à l'équité entre les soumissionnaires et qui porte atteinte également aux principes fondamentaux du droit des marchés publics.

Cette obligation générale ne veut toutefois pas dire que tous les vices doivent être traités également – deux vices différents pouvant être traités différemment. Il est possible qu'un vice apparaissant dans une soumission soit alors mineur, tandis qu'un autre sera majeur. L'organisme public adjudicateur, pour respecter son obligation d'équité envers les soumissionnaires, n'est pas obligé de déclarer mineurs tous les vices dès lors qu'une seule soumission comporte un tel vice. Du reste, l'organisme public n'aurait pas le pouvoir de considérer un vice majeur comme mineur pour ainsi être en mesure d'y passer outre.

Finalement, le tribunal pourra aussi étudier l'impact à venir du vice sur l'exécution éventuelle du contrat. Le fait de retenir une soumission malgré le vice pourrait-il diminuer la qualité des travaux ou des services en deçà de ce qui était prévu dans les exigences des documents d'appel d'offres? Si tel est le cas, l'organisme public doit considérer qu'il est en présence d'un vice majeur.

⁸³ *Ville de Rimouski*, préc., note 13, par. 79.

Conclusion

Notre article avait pour objectif de reformuler le cadre d'analyse de la conformité des soumissions de manière à distinguer entre les exigences des documents d'appel d'offres (qui peuvent être essentielles ou accessoires) et les vices grevant les soumissions (qui peuvent être majeurs ou mineurs). Comme nous l'avons vu, la détermination du caractère essentiel ou accessoire d'une exigence des documents d'appel d'offres dépend de la volonté des parties et, en dernier recours, est sujette à interprétation finale par le tribunal. En revanche, la détermination de la nature mineure ou majeure d'un vice dans une soumission s'articule autour du principe de faute contractuelle (de la part de l'organisme public) en vertu de l'article 1458 C.c.Q. Selon ce cadre d'analyse, la nature du vice (majeur ou mineur) n'a pas d'importance lorsque celui-ci porte sur une exigence accessoire des documents d'appel d'offres; en tel cas, l'organisme public dispose d'une certaine discrétion pour rejeter la soumission ou non.

Notre méthode d'analyse pourra sembler plus complexe que la simple distinction entre irrégularité mineure ou majeure telle que les tribunaux l'appliquent aujourd'hui, mais elle aura l'avantage d'être plus claire et donc plus prévisible pour les parties. Les critères que nous avons recensés dans notre article pour appuyer notre méthode sont d'ailleurs souvent déjà appliqués par les tribunaux.

Il serait intéressant pour pousser plus loin l'analyse de distinguer les exigences des documents d'appel d'offres relatives à la conformité des soumissions de celles qui imposent des restrictions quant à l'admissibilité des soumissionnaires, et de celles qui feront l'objet d'une évaluation qualitative par un comité de sélection : les empiètements de ces différents types d'exigences causent fréquemment une confusion dans leur analyse. Nous estimerions également intéressant d'approfondir le rôle des règles de contrôle judiciaire des décisions administratives relatives aux contrats publics, en particulier si de telles décisions touchent à l'acceptation ou au rejet des soumissions grevées de vices quant à des exigences accessoires.

Des considérations d'ordre humanitaire : les limites de la décision raisonnable dans le contexte d'application de l'article 25 (1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

par Louis GUILBAULT*

Dans la première partie de son texte, l'auteur situe de manière générale la dispense pour des considérations d'ordre humanitaire prévue par l'article 25 (1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) par rapport à d'autres catégories d'admission pour les étrangers souhaitant s'établir au Canada. Dans la deuxième partie, il présente un sommaire des lignes directrices ministérielles relatives au contexte d'application de cet article. Dans la troisième partie, il résume les principales notions jurisprudentielles de la norme de contrôle de la décision raisonnable en droit administratif. La quatrième partie – au cœur de son texte – consiste en un résumé des faits et des points de droit découlant de cinq affaires postérieures à l'arrêt Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick soumises à une chaîne de contrôles judiciaires, et dont l'enjeu consiste principalement à juger si la décision prise en l'application de l'article 25 (1) de la LIPR est raisonnable. La cinquième et dernière partie permet à l'auteur de synthétiser les éléments retenus dans la partie précédente sous la forme d'un bilan critique faisant ressortir les éléments saillants de ces différentes affaires, dans le but de mieux circonscrire les limites de la décision raisonnable relativement à cette disposition exceptionnelle de la LIPR. D'une part, son analyse jurisprudentielle révèle que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est relatif, que l'analyse de la dispense humanitaire se déroule parfois en vase clos par rapport à d'autres champs du droit et que le critère de cette dispense ne fait pas consensus en contrôle judiciaire. D'autre part, l'auteur livre également des constats généraux et importants quant à la nature des problèmes liés à la définition des considérations d'ordre humanitaire lorsque vient le temps de mettre en œuvre la norme de contrôle de la décision raisonnable. On remarque l'absence d'attributs déterminants permettant de définir ces considérations, pour ensuite réaliser que l'objectif d'équité visé par la dispense proscriit toute tentative d'« essentialisation » (concevoir selon une

* Avocat, bachelier en droit (2017), Université du Québec à Montréal.

définition arrêtée) des motifs humanitaires. L'équité, fondée en partie sur les sentiments d'humanité et de compassion du décideur, étant le seul élément rattaché à ceux-ci, ses attributs en droit de l'immigration canadien demeurent indéterminés, voire indécidables, même si l'on parvient néanmoins à les opérationnaliser en invoquant principalement la norme administrative de la démarche rationnelle et défendable.

A first part sets out in general terms the exemption for humanitarian and compassionate considerations under section 25(1) of the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) from other categories of admission for foreigners wishing to settle in Canada. A second part provides a summary of the guidelines for the framework for the application of that provision. A third part summarizes the main jurisprudential notions of the standard of review of reasonableness in administrative law. Part IV - at the heart of this article - consists of a summary of the facts and points of law arising from five post-Dunsmuir cases which were subjected to a series of judicial reviews concerning primarily the question of whether the decision under section 25(1) of the IRPA was reasonable. The final section summarizes the points identified in the previous section in the form of a critical review highlighting the main features of those cases, with the aim of better understanding the limits of reasonableness with respect to this exceptional provision of the IRPA. On the one hand, this analysis of the case-law shows that the criterion of the best interests of the child is relative, that analysis of the exemption based on humanitarian and compassionate grounds is sometimes done in isolation from other fields of law and that there is no judicial consensus on the criterion for this exemption on judicial review. On the other hand, this analysis also makes it possible to make general and important observations about the nature of the problems relating to the definition of humanitarian considerations when it comes to implementing the standard of review of reasonableness. We were struck by the fact that there is no agreement on which characteristics are determinative when defining those considerations, only to then realize that the goal of fairness embodied by the exemption precludes any attempt to "substantiate" those humanitarian grounds. Since equity, based in part on the decision-maker's humanity and compassion, can only be defined in relation to those feelings, its characteristics in Canadian immigration law remain uncertain, even indeterminate, even though we manage nevertheless to make them operational by applying primarily the administrative standard of the rational and defensible approach.

Sommaire

Introduction	127
I. Le contexte général d'application de l'article 25 (1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés	131
II. Des considérations d'ordre humanitaire : les directives ministérielles	134
III. Des aspects de la norme de contrôle de la décision raisonnable en droit administratif	138
IV. Le contrôle judiciaire en vertu de l'article 25 (1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés depuis l'affaire <i>Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick</i>	142
A. L'affaire <i>Kisana</i>	142
1. L'affaire <i>Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2008 CF 307 (j. Mosley)	142
2. L'affaire <i>Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CAF 189 (jj. Nadon et Létourneau; j. Trudel, jugement concordant)	144
B. L'affaire <i>Hinzman</i>	145
1. L'affaire <i>Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CF 415 (j. Russell).....	145
2. L'affaire <i>Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2010 CAF 177 (jj. Trudel, Noël et Dawson)	146
C. L'affaire <i>Lemus</i>	147
1. L'affaire <i>Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2012 CF 1274 (j. Near)	147
2. L'affaire <i>Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CAF 114 (j. en chef Blais; jj. Stratas et Sharlow).....	148
D. L'affaire <i>Habtenkiel</i>	149
1. L'affaire <i>Habtenkiel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2013 CF 397 (j. Heneghan)	150

2. L'affaire <i>Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CAF 180 (jj. Pelletier, Dawson et Stratas)	150
E. L'affaire <i>Kanthasamy</i>	151
1. L'affaire <i>Kanthasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2013 CF 802 (j. Kane).....	151
2. L'affaire <i>Kanthasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2014 CAF 113 (jj. Stratas, Blais et Sharlow)	153
3. L'affaire <i>Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CSC 61 (j. en chef McLachlin et jj. Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon, majoritaires; jj. Moldaver et Wagner, dissidents).....	154
V. Une synthèse des affaires présentées	159
A. Le point convergent	160
B. Les points divergents	161
1. L'importance relative de l'intérêt supérieur de l'enfant	161
2. L'analyse de la dispense humanitaire faite en vase clos par rapport aux autres champs du droit	164
3. L'absence de consensus quant au critère de la dispense humanitaire.....	165
Conclusion	168

Introduction

Plusieurs demandeurs d'asile tentent, après avoir attendu au moins douze mois à la suite d'une décision défavorable de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada¹, leur admission au pays par le recours administratif exceptionnel des considérations d'ordre humanitaire² prévu par l'article 25 (1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Le ministre de l'Immigration, de la Citoyenneté et des Réfugiés dispose en effet d'un pouvoir discrétionnaire d'adjudication d'une demande de résidence permanente pour de telles considérations³.

La décision prise en vertu de ce pouvoir est sujette, à moins que la demande d'autorisation ne soit rejetée⁴, au contrôle judiciaire des tribunaux de droit commun, où la norme de contrôle prescrite par la jurisprudence, dans ces cas, est celle de la décision raisonnable. Quels sont les attributs de la décision raisonnable relativement à l'article 25 (1) de la LIPR? Ce sera la question principale de notre texte. Nul ne saurait négliger l'importance

¹ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 25 (1.2) et (1.21) (ci-après « LIPR »).

² Les faits démontrent que cette disposition est de nature exceptionnelle. En effet, pour l'année 2015, les personnes admises sur cette base représentaient seulement 1,4 % du total, comparativement à 11,8 % pour la catégorie « Réfugiés », 62,7 % pour la catégorie « Immigration économique » et 24,1 % pour la catégorie « Parrainage » : IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ CANADA [titre lors de la publication : CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA], *Faits et chiffres 2015 : Aperçu de l'immigration – Résidents permanents*, en ligne : <http://ouvert.canada.ca/data/fr/dataset/2fbb56bd-eae7-4582-af7d-a197d185fc93?_ga=1.48480931.442174494.1485014897>.

³ Des considérations humanitaires sont également prises en considération dans le cadre d'une mesure de renvoi : voir LIPR, art. 67 (1) c) et 68.

⁴ LIPR, art. 72. Une étude publiée en 2012 tend à démontrer que, pour la période de 2005 à 2010, seulement 6,35 % des demandes d'autorisation *en ce qui a trait aux demandes d'asile* – dont la vaste majorité vise à contester une décision rejetant la demande – sont acceptées : Sean REHAAG, « Judicial Review of Refugee Determinations : The Luck of the Draw? », (2012) 38 *Queen's L.J.* 1, 23. Rehaag en vient à la conclusion (p. 49 et 50) que son étude « *demonstrates that outcomes in applications for judicial review in the refugee law context all too often hinge on who decides the case* ». À ce jour, une telle étude n'a pas été réalisée quant aux demandes d'autorisation dans les dossiers ayant pour objet des considérations d'ordre humanitaire.

de ces attributs. En raison de l'autorité du précédent qu'ils établissent, ces derniers ont une influence déterminante sur le processus décisionnel des agents d'immigration qui exercent le pouvoir délégué par le ministre pour les demandes humanitaires.

Une revue de la littérature à ce sujet permet d'affirmer que cet examen spécifique n'aurait jamais été fait⁵. Certes, les recherches en droit administratif sur la norme de contrôle en révision judiciaire abondent. En revanche, pour comprendre ce que signifie une décision raisonnable en droit de l'immigration relativement aux motifs humanitaires, la doctrine canadienne et l'appareil étatique (et son service de recherche) n'auraient rien produit de substantiel à ce jour. Les enjeux sociaux, politiques et moraux – ou plus généralement *humains* – rattachés à de tels motifs sont pourtant importants⁶.

Comme l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*⁷ a écarté en 2008 les normes de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* et manifeste-

⁵ La seule recherche canadienne à ce sujet serait celle de Catherine DAUVERGNE, *Humanitarianism, Identity, and Nation: Migration Laws of Australia and Canada*, Vancouver, UBC Press, 2005. Elle y analyse, entre autres, la jurisprudence canadienne portant sur les motifs humanitaires en droit de l'immigration afin de faire ressortir les mécanismes de production identitaire, tant nationaux qu'individuels, dans le contexte du processus d'admission humanitaire. À noter que l'auteure ne présente pas une analyse des décisions humanitaires en droit de l'immigration visant à faire ressortir le cadre analytique des tribunaux judiciaires en ce qui a trait à la norme de la *décision raisonnable*.

⁶ Il importe de mentionner que la LIPR a accordé une importance indéniable à la tradition humanitaire du Canada. En effet, cette loi prévoit que l'admission de l'étranger souhaitant obtenir le statut de résident permanent « s'effectue conformément à la tradition humanitaire du Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées, selon qu'il a la qualité [...] de réfugié ou de personne en situation semblable » (LIPR, art. 12 (3)). L'un des objets de la LIPR souligne de même l'importance des « idéaux humanitaires » concernant l'accueil des réfugiés (art. 3 (2)).

⁷ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 (ci-après « arrêt *Dunsmuir* »). Cette décision n'a pas eu pour effet de modifier la norme de contrôle ni d'invalider la jurisprudence passée en matière de considérations humanitaires. Ce point de départ de notre recherche a néanmoins l'avantage de restreindre l'échantillon jurisprudentiel aux décisions les plus récentes en cette matière.

ment déraisonnable pour les remplacer par la norme de contrôle de la décision raisonnable, le point de départ temporel de nos recherches jurisprudentielles commencera à la suite de cette décision.

Dans le but d'obtenir le plus grand nombre de nuances possible quant à l'analyse du cadre de la « raisonabilité » des décisions à examiner, nous privilégierons les chaînes de contrôle judiciaire ayant fait l'objet d'un jugement de la Cour suprême du Canada ou de la Cour d'appel fédérale, ce qui nous permettra d'analyser d'une cour de révision à une autre, pour le même dossier et les mêmes faits, les prémisses sur lesquelles s'appuient les différentes instances de contrôle judiciaire⁸ afin de conclure qu'une décision prise en vertu de l'article 25 (1) de la LIPR est ou n'est pas une décision raisonnable⁹.

De plus, il sera intéressant de comparer les différentes affaires visées pour mettre en évidence les principaux points convergents et divergents. Certaines questions spécifiques alimenteront notre exercice de synthèse. Y a-t-il des facteurs plus déterminants que d'autres pour juger de la raisonabilité de la dispense? Comment interprète-t-on le caractère « humanitaire »

⁸ Ce sont, dans l'ordre, la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale et, le cas échéant, la Cour suprême.

⁹ Le 25 février 2017, nous avons effectué une recherche jurisprudentielle dans la base de données LexisNexis en suivant ces critères : traitement QuickCITE législation, *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, article 25, Cour suprême du Canada et Cour d'appel fédérale (décisions rendues après le 7 mars 2008), rejet de toutes les décisions ayant fait l'objet d'une autorisation d'appel à la Cour suprême (déposée ou acceptée) et rejet de toutes les décisions ne traitant pas principalement d'une application de l'article 25 de la LIPR. À la lumière de notre recherche, voici les cinq affaires retenues :

1) *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 189 (ci-après « affaire *Kisana* »);

2) *Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 177 (ci-après « affaire *Hinzman* »);

3) *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114 (ci-après « affaire *Lemus* »);

4) *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180 (ci-après « affaire *Habtenkiel* »);

5) *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 51 (ci-après « affaire *Kanthisamy* »).

de la décision? Les critères d'application de la dispense sont-ils toujours les mêmes? En y répondant, nous serons à même de faire ressortir les contours de la décision raisonnable dans le contexte de notre recherche. Parmi les considérations que notre examen dévoile, trois méritent d'emblée d'être soulignées, lesquelles sont, comme on le constatera, étroitement liées :

- 1) bien que l'on requière une *démarche* rationnellement justifiée du décideur administratif en matière de considérations d'ordre humanitaire, la décision raisonnable attendue pré-suppose l'absence d'attributs essentiels (ou décisifs) caractérisant ces considérations;
- 2) pour respecter l'objectif d'équité (envers le demandeur) recherché par le législateur, le décideur ne doit jamais tenir pour acquis qu'il existe une définition arrêtée des motifs humanitaires (en considérant à tort, plus concrètement, les facteurs ou d'autres indications des lignes directrices comme exhaustifs), l'équité, fondée en partie sur les sentiments d'humanité et de compassion du décideur, étant le seul élément rattaché à ces considérations;
- 3) les attributs de l'équité relatifs à ces motifs demeurent indéterminés et indécidables en droit de l'immigration canadien, même si l'on parvient néanmoins à les opérationnaliser en invoquant principalement la norme administrative de la démarche rationnelle et défendable.

Avant d'aborder ces différents points, nous présenterons le contexte d'application de l'article 25 (1) de la LIPR, les directives¹⁰ y étant liées, puis quelques considérations générales en ce qui a trait à la norme d'intervention de la décision raisonnable en contentieux administratif.

¹⁰

Même si elles ne sont pas justiciables, ces directives, qui émanent directement du ministre et, plus largement, du Conseil des ministres, ont leur importance dans l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable, dans la mesure où elles guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire délégué aux agents du ministère de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté et servent à définir les contours des motifs humanitaires.

I. Le contexte général d'application de l'article 25 (1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*

L'article 25(1) de la LIPR prévoit (l'italique est de nous) :

25 (1) Sous réserve du paragraphe (1.2), le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire – sauf si c'est en raison d'un cas visé aux articles 34, 35 ou 37 –, soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada – sauf s'il est interdit de territoire au titre des articles 34, 35 ou 37 – qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, *s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.*

25 (1) Subject to subsection (1.2), the Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible – other than under section 34, 35 or 37 – or who does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada – other than a foreign national who is inadmissible under section 34, 35 or 37 – who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act *if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.*

La version anglaise de la disposition, plus évocatrice, compte deux considérations – « *humanitarian* » et « *compassionate* » – là où la version française en comprend une seule : « ordre humanitaire ».

Dans l'économie de la LIPR, où se situent donc les demandes d'immigration formulées en vertu de ces motifs? La LIPR et son règlement

d'application¹¹ prévoient deux grandes catégories d'admission pour les étrangers¹² qui souhaitent s'établir au Canada en obtenant préalablement un visa¹³ : l'immigration ordinaire en fonction de catégories (partie I, intitulée « Immigration du Canada »)¹⁴ et les demandes d'asile ou de protection présentées au point d'entrée ou sur le territoire canadien (partie II, intitulée « Protection des réfugiés »). Des critères spécifiques pour ces catégories sont prévus par la LIPR et, de manière complémentaire, avec le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR). Elles correspondent aux deux voies d'accès pour l'octroi de la résidence permanente, cette dernière étant une condition d'obtention de la citoyenneté canadienne. À la lecture de l'article 25 (1) de la LIPR, on en déduit dès lors qu'une demande pour des considérations d'ordre humanitaire est accordée exceptionnellement. En effet, le législateur mentionne explicitement à cet article que ce type de demande vise les personnes qui « ne se conforme[nt] pas à la [LIPR]¹⁵ ». Ce n'est donc pas une catégorie distincte d'immigration¹⁶.

En ce qui concerne plus précisément l'obtention de l'asile, à défaut d'un décret gouvernemental, elle s'effectue au cas par cas devant la

¹¹ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (Gaz. Can. II) (ci-après « RIPR »).

¹² Ces personnes ne sont ni citoyennes ni résidentes permanentes.

¹³ LIPR, art. 11(1); RIPR, art. 6. L'obtention du visa signifie que ces personnes n'entrent pas dans la catégorie « Interdit de territoire », et qu'elles satisfont aux critères de la LIPR.

¹⁴ Sont ici visés l'immigration économique, le regroupement familial (y compris le parrainage) et les candidats des provinces déterminés en vertu d'un accord entre les gouvernements.

¹⁵ LIPR, art. 25 (1).

¹⁶ Au moment de l'introduction explicite des considérations d'ordre humanitaire, John Carr Munro, secrétaire parlementaire du ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, déclare ceci dans CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 27^e légis., 20 février 1967, p. 13267 :

Aucune loi sur l'immigration ne peut être à la fois applicable et juste sans prévoir beaucoup de latitude dans son exécution. La loi établit des règles générales visant ceux qui peuvent venir au Canada et s'y établir. Les règles sont nécessairement générales. Elles ne sauraient prévoir exactement toute la gamme des circonstances personnelles. Elles doivent pouvoir être infléchies selon les mérites de chaque cas particulier. Il peut y avoir des motifs dictés par l'humanité ou la compassion pour laisser entrer des gens qui, règle générale, seraient inadmissibles.

Commission¹⁷, en application des critères de la LIPR, soit ceux qui ont été établis par la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*¹⁸ que la loi reprend pour qualifier une personne de « réfugié », soit ceux qu'elle énonce en vue d'attribuer à un demandeur la qualité de « personne à protéger¹⁹ ». Suivant la LIPR, l'asile peut être accordé selon trois modes²⁰ : une demande d'asile ou de protection²¹ ou encore dans le contexte

¹⁷ Plus exactement, les demandes d'asile sont, sous réserve de l'examen de leur recevabilité par un agent (LIPR, art. 100-102; RIPR, art. 151.1 et suiv.), déferées à la Section de la protection des réfugiés (LIPR, art. 100 (1)). La personne en cause et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration peuvent porter en appel la décision rejetant ou accordant la demande devant la Section d'appel de la protection des réfugiés (LIPR, art. 110 (1)).

¹⁸ *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 150.

¹⁹ LIPR, art. 96 et 97. Selon James C. HATHAWAY, « Preface » dans James C. HATHAWAY (dir.), *Reconceiving International Refugee Law*, La Haye & Boston, M. Nijhoff, 1997, p. XXV, la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, teintée du contexte historique de l'après-guerre où deux puissances étatiques dominaient les relations internationales, se trouve en décalage avec la nouvelle dynamique multipolaire de ces relations, ce qui, dans les faits, rend de plus en plus difficile l'acceptation des demandes :

With the demise of simple Cold War political dichotomies and the increase in the number of states undergoing fundamental political transitions, genuine refugees increasingly arrive from states to which host governments have important economic, strategic or other ties. It is politically awkward to recognize their claims, yet legally and morally difficult to refuse them. If status recognition is no longer tied to a right to permanent residence, and responsibility sharing systems divorce the site of first arrival from the place in which temporary protection is necessarily afforded, many governments may well be willing to entrust UNHCR [l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés] or a future international supervisory agency with the responsibility to process claims for protection.

[...]

Refugee law serves fewer and fewer people, less and less well, as time goes on. Refugee law as traditionally conceived is being subverted by a combination of non-entrée tactics.

Voir aussi James C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 992 et 998-999.

²⁰ LIPR, art. 95 (1).

²¹ Les critères régissant ces demandes sont prévus respectivement dans les articles 96 et 97 de la LIPR.

de la présentation d'une demande de visa²². Rappelons qu'au moins douze mois doivent s'écouler à la suite d'une décision défavorable de la Commission avant qu'une demande de dispense pour des considérations d'ordre humanitaire soit recevable²³. Il importe de préciser que l'article 25 (1.3) de la LIPR énonce que les facteurs applicables à la demande d'asile ne peuvent être considérés dans le contexte de l'analyse de la dispense. On y précise, par contre, que le ministre doit « tenir compte [...] des difficultés auxquelles l'étranger fait face », ce qui implique donc, comme il en sera question sous peu, que les faits de la demande d'asile, le cas échéant, peuvent être repris dans ce cadre.

II. Des considérations d'ordre humanitaire : les directives ministérielles

Lorsque vient le temps d'examiner une dispense pour des considérations d'ordre humanitaire, le décideur applique, en plus de la LIPR et du RIPR, les lignes directrices (ou directives) prescrites par le ministre. Ces dernières, qui se trouvent disséminées dans les différentes pages du site Web du ministère de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté, servent à guider le décideur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire délégué par le ministre et ont pour objet d'assurer un traitement uniforme des demandes. Comme la Cour suprême du Canada l'a écrit dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté)*, « [l]es directives révèlent ce que le ministre considère comme une décision d'ordre humanitaire²⁴ ». En ce sens, poursuit-elle, « [l]es directives sont une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable du pouvoir conféré par l'article [25 (1) de la LIPR]²⁵ », et le fait que la décision de l'agent va à l'encontre des directives « est d'une grande utilité pour évaluer si la décision constituait un exercice déraisonnable du pouvoir en matière humanitaire²⁶ ». En revanche, comme le veut un principe bien établi en droit

²² Pour ce mode, les critères sont énoncés à l'article 138 du RIPR.

²³ LIPR, art. 25 (1.2) et (1.21).

²⁴ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 72 (ci-après « arrêt *Baker* »).

²⁵ *Id.* Voir également l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, par. 85.

²⁶ *Baker*, préc., note 24, par. 72.

administratif, ces dernières, dépourvues d'un caractère législatif, ne peuvent entraver l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère la LIPR au ministre²⁷. Autrement dit, les directives ne lient pas, en définitive, le décideur. Vu cependant leur importance dans le cadre interprétatif des considérations d'ordre humanitaire, nous croyons pertinent, dans le but de mieux comprendre les décisions à l'étude dans notre texte, de prendre connaissance de certaines directives qui y sont soulevées. Tel sera l'objectif de cette brève section.

Le critère applicable selon l'article 25 (1) de la LIPR consiste à se demander si « des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger [...] justifient » ou non la dispense, en tenant compte, s'il y a lieu, « de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché ». Voulant manifestement offrir une grande latitude au ministre pour décider de ces cas, le législateur n'a pas précisé les autres éléments ou facteurs à considérer pour en déclencher l'application. D'une disposition floue, ce qui est fréquent en droit²⁸, c'est ici que les lignes directrices font leur travail, en précisant la portée de la définition des motifs humanitaires; en voici la liste (le gras est de nous) :

- équilibre entre la discrétion et la cohérence;
- fardeau du demandeur;
- seuil de preuve;
- obligation de présenter la demande de résidence permanente à l'étranger;
- **difficultés et évaluation des considérations d'ordre humanitaire;**
- interdiction de territoire;
- **intérêts supérieurs de l'enfant;**
- anciens citoyens canadiens;
- membres de la famille de fait;
- instructions ministérielles et considérations demandes CH;

²⁷ *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S 2, p. 6. Voir aussi l'arrêt *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 49, par. 71.

²⁸ Voir notamment : Timothy A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Geert KEIL et Ralf POSCHER (dir.), *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

- prise en compte des liens familiaux;
- **établissement au Canada** : demandes présentées au Canada;
- capacité à s'établir au Canada : demandes présentées à l'étranger;
- réexamen d'une décision défavorable;
- apatridie²⁹.

Les facteurs « difficultés et évaluation des considérations d'ordre humanitaire », « intérêts supérieurs de l'enfant » et « établissement au Canada » présentent un intérêt particulier pour notre propos, compte tenu de l'ampleur des instructions y étant rattachées. Sans en faire une description détaillée, nous y apporterons quelques brèves précisions.

Les « difficultés » dont il est question renvoient, entre autres, aux termes employés dans l'article 25 (1.3) de la LIPR : « Le ministre, dans l'étude de la demande [humanitaire] d'un étranger se trouvant au Canada, ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié [...] »³⁰; il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face. » Le ministre a produit une liste non exhaustive de ces difficultés. Elle exclut les catégories utilisées dans une demande d'asile (par exemple, la persécution), tout en offrant la possibilité d'examiner les faits invoqués pour obtenir le statut de réfugié³¹.

²⁹ IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ CANADA, *Demandes pour considérations d'ordre humanitaire : évaluation et traitement*, en ligne : <<http://www.ciccca/francais/ressources/outils/perm/ch/traitement/index.asp>> (ci-après « lignes directrices »). Ces facteurs sont révisés périodiquement, notamment à la lumière des faits nouveaux jurisprudentiels.

³⁰ Voir LIPR, art. 96 et 97.

³¹ Le demandeur peut fonder sa demande pour des considérations d'ordre humanitaire relativement à tout facteur pertinent, notamment, selon les lignes directrices, préc., note 29, « l'établissement au Canada », « ses liens avec le Canada », « l'intérêt supérieur des enfants directement touchés par la décision CH, le cas échéant », « des facteurs dans son pays d'origine (par exemple, des conditions défavorables dans le pays) », « des facteurs relatifs à la santé (par exemple, l'incapacité d'un pays à fournir des traitements médicaux) », « des facteurs relatifs à la violence familiale », « les conséquences de la séparation des membres de la famille », « l'incapacité à quitter le Canada ayant conduit à l'établissement »

Quant aux « intérêts supérieurs de l'enfant », il n'est pas nécessairement question du demandeur; on vise plus précisément un enfant « directement touché » : « “[E]nfant directement touché” signifie un enfant né au Canada ou à l'étranger (et pourrait inclure des enfants qui se trouvent hors du Canada)³². » De plus, les lignes directrices énoncent, en s'inspirant de la jurisprudence, que « [l]a codification du principe de l'“intérêt supérieur de l'enfant” dans la *Loi* ne signifie pas que l'intérêt de l'enfant l'emporte sur tous les autres facteurs liés au cas³³. »

Enfin, par « établissement au Canada », il faut comprendre qu'« [i]l peut être justifié d'approuver la demande [...] si l'incapacité du demandeur à quitter le Canada en raison de circonstances indépendantes de sa volonté se prolonge pendant une longue période et que les éléments de preuve corroborent un degré appréciable d'établissement au Canada³⁴ ». Dans ses directives, le ministre mentionne les questions auxquelles doit répondre le décideur pour déterminer les « circonstances indépendantes de sa volonté » et le « degré appréciable d'établissement »³⁵.

(dans le cas de demandeurs au Canada) ou « toute autre circonstance unique ou exceptionnelle justifiant la prise de mesures spéciales ».

³² Lignes directrices, préc., note 29 : on précise aussi que « [l]e lien de parenté entre le demandeur et tout “enfant directement touché” ne doit pas nécessairement être un lien de filiation parent-enfant; il peut s'agir d'un autre lien de parenté qui est touché par la décision ». Voici une énumération de facteurs qui peuvent être présentés par le demandeur (*id.*) : « l'âge de l'enfant », « le degré de dépendance entre l'enfant et le demandeur CH », « le degré d'établissement de l'enfant au Canada », « les liens de l'enfant avec le pays à l'égard duquel la demande CH est examinée », « les conditions qui règnent dans ce pays et l'incidence possible sur l'enfant », « les problèmes de santé ou les besoins particuliers de l'enfant », « les conséquences sur l'éducation de l'enfant » ou « les questions relatives au sexe de l'enfant ».

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ En ce qui a trait aux circonstances indépendantes de la volonté du demandeur, les lignes directrices, préc., note 29, énoncent les suivantes : « Le pays d'origine du demandeur est visé par une suspension temporaire des renvois (SRT) (R230) » ou « Un demandeur, en attente d'une décision sur une demande d'immigration, demeure plusieurs années au Canada avec un statut (par exemple, le programme des aides familiaux résidents). S'y ajoutent les circonstances qui dépendent de sa volonté (*id.*) : « Un demandeur, au Canada depuis un certain nombre d'années, n'est pas disposé à signer une demande de passeport ou à fournir des renseignements

III. Des aspects de la norme de contrôle de la décision raisonnable en droit administratif

Qu'est-ce que le contrôle judiciaire? C'est le pouvoir constitutionnel inhérent aux cours supérieures de contrôler les actes de l'Administration³⁶, pouvoir découlant des articles 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁷. L'objet de ce contrôle, plus exactement, a pour fondement deux grands principes constitutionnels au cœur de cet exercice et qui sont en tension. D'une part, il y a la primauté du droit, soit le fait de garantir que l'Administration agisse *légalement*; d'autre part, on trouve la suprématie législative, soit le respect du principe démocratique selon lequel les assemblées législatives peuvent créer des organismes administratifs et leur conférer de larges pouvoirs, ce qui impose, selon les indices du texte législatif, une présomption de déférence³⁸. Selon l'approche que la Cour suprême a élaborée, une cour supérieure appliquera, dans certains cas, la norme d'intervention de la décision correcte, qui ne commande aucune déférence; dans d'autres cas, elle s'en remettra à la norme d'intervention de la décision raisonnable, où cette forme de déférence sera de mise. Il existe une présomption voulant que cette norme s'applique lorsqu'un décideur ou un tribunal administratif interprète sa loi constitutive³⁹.

Le choix de ces normes s'effectue en fonction de catégories de question. Les questions suivantes sont soumises à la norme d'intervention de la décision correcte : une question constitutionnelle, une question de compétence, une question de droit générale de grande importance pour le système juridique canadien et qui ne concerne pas le domaine de spécialité du

pour une demande de passeport », « [l]e demandeur perd ou détruit volontairement ses titres de voyage » ou « [l]e demandeur entre dans la clandestinité et demeure illégalement au Canada ».

³⁶ *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 31.

³⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

³⁸ *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 27-31.

³⁹ *Id.*, par. 54. Voir aussi : *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, par. 8; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, par. 27 (ci-après « arrêt *Commission canadienne* »); *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, par. 46 (ci-après « arrêt *Groia* »); *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, par. 27 (ci-après « arrêt *Williams Lake* »).

décideur et une question de délimitation des compétences respectives des tribunaux administratifs⁴⁰. Lorsque plusieurs issues raisonnables peuvent se justifier à la lumière des faits et du droit, les cours supérieures respecteront le processus décisionnel de l'organisme administratif en lui accordant le niveau de déférence de la norme de la décision raisonnable⁴¹. Cela signifie qu'elles n'interviendront qu'en présence d'une décision déraisonnable. À ce propos, la Cour d'appel du Québec écrit :

[L]orsqu'il s'agit [...] de déterminer si l'on peut placer la décision contestée dans la gamme des décisions « raisonnables » (ce qui signifie que cette décision est, selon l'expression consacrée, « une issue possible » parmi d'autres), il importe de bien délimiter le champ de ce qui est raisonnable ou de ce qui est possible afin de démontrer, le cas échéant, pourquoi une décision particulière constitue une véritable anomalie méritant réformation. Si la question en litige s'est déjà posée dans des affaires identiques ou analogues, cela suppose habituellement que l'on compare les diverses approches adoptées par différents décideurs avec celle de l'auteur de la décision visée par le recours en révision, afin de déterminer si son approche se situe hors champ⁴².

La norme de la décision raisonnable implique aussi – et telle en est la conséquence la plus importante – que plusieurs interprétations possibles (et raisonnables) de la loi habilitante d'un décideur administratif sont recevables et peuvent coexister au sein du droit administratif canadien⁴³. Et elles

⁴⁰ *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 59-61. Sur la « question de compétence », voir : *Commission canadienne*, préc., note 39, par. 41; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, par. 23 (ci-après « arrêt *West Fraser* »). Sur la « question de droit générale », voir : *Commission canadienne*, préc., note 39, par. 28 et 42; *Groia*, préc., note 39, par. 49; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, par. 17.

⁴¹ *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 47. Voir également : *Commission canadienne*, préc., note 39, par. 55; *Williams Lake*, préc., note 39, par. 36.

⁴² *Gatineau (Ville) c. Syndicat des cols blancs de Gatineau inc.*, 2016 QCCA 1596, par. 21. Voir aussi l'affaire *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266, par. 41-48.

⁴³ Voir l'arrêt *Domtar inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

pourraient même être contradictoires sans pour autant justifier l'intervention des tribunaux judiciaires en contrôle judiciaire. Le pluralisme interprétatif dans ce champ du droit fait donc partie intégrante de ce cadre d'analyse⁴⁴.

Existe-t-il des circonstances où les tribunaux judiciaires devront intervenir en présence de plusieurs interprétations raisonnables d'une loi habilitante? Selon l'arrêt *Domtar inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, un conflit jurisprudentiel interne entre les décideurs administratifs n'est pas suffisant pour intervenir : il faut un conflit opérationnel qui oblige l'administré à choisir, de part et d'autre, entre violer la loi ou s'y soumettre⁴⁵. Ce serait le cas si, hypothétiquement, ce dernier, pour suivre la décision relative à l'interprétation du décideur X d'un organisme, était conduit nécessairement à violer la décision découlant de l'interprétation Y du décideur d'un autre organisme.

En somme, le caractère raisonnable ou déraisonnable d'une décision en droit administratif, au sens du cadre établi par la Cour suprême depuis l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick* jusqu'à aujourd'hui⁴⁶ et sauf dans

⁴⁴ L'arrêt de principe à cet égard a été rendu par le juge Dickson dans l'affaire *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (ci-après « arrêt *Société des alcools* »). Pour une excellente analyse critique, au sens classique du terme, de cette décision, voir notamment Yves-Marie MORISSETTE, « Rétrospective et prospective sur le contentieux administratif », (2009) 39 *R.D.U.S.* 1.

⁴⁵ Voir l'arrêt *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739.

⁴⁶ À moins que la Cour suprême, dans les jugements qu'elle rendra en ce qui a trait à trois affaires – *Vavilov*, *Bell Canada* et *National Football League* –, entendues sur le fond et de manière conjointe en décembre 2018, ne modifie ce cadre. En effet, le 10 mai 2018, dans les jugements d'autorisation d'appel qu'elle a accueillis respectivement à l'endroit de chacune de ces parties (*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration c. Alexander Vavilov*, 2018 CanLII 40807 (C.S.C.) (ci-après « arrêt *Vavilov* »); *Bell Canada, et al. c. Procureur général du Canada*, 2018 CanLII 40808 (C.S.C.) (ci-après « arrêt *Bell Canada* »); *National Football League, et al. c. Procureur général du Canada*, 2018 CanLII 40806 (C.S.C.) (ci-après « arrêt *National Football League* »)), la Cour suprême leur avait indiqué que ces « appels offrent l'occasion d'examiner la nature et la portée

les cas qui requièrent l'application de la norme d'intervention de la décision correcte (de type « oui ou non » ou « vrai ou faux ») que nous avons mentionnée précédemment, est un jugement assertorique⁴⁷ : « [L]es jugements *assertoriques* sont ceux dont la modalité correspond à la catégorie d'*existence* (distincte de la nécessité). Ce sont des jugements vrais en fait, mais non nécessaires⁴⁸. » Autrement dit, c'est une question d'opinion rationnellement justifiée⁴⁹ où, dans certains cas, plusieurs conclusions apparaissent recevables, par opposition aux jugements apodictiques, c'est-à-dire ceux de la norme d'intervention de la décision correcte, qui relèvent de la *nécessité*, où une seule réponse est possible.

du contrôle judiciaire de l'action administrative, telles que discutées dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9, et des affaires subséquentes », en les invitant « à consacrer une grande partie de leurs observations écrites et orales sur l'appel à la question de la norme de contrôle ».

⁴⁷ Nous nous inspirons ici du vocabulaire éclairant employé par Y.-M. MORISSETTE, préc., note 44, p. 28.

⁴⁸ André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 84.

⁴⁹ Dans certains cas, il est possible que les motifs à l'appui de la décision soient incomplets. Selon la Cour suprême, qui s'appuie sur la doctrine (David DYZENHAUS, « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans Michael TAGGART (dir.), *The Province of Administrative Law*, 1997, p. 304), cela ne signifie pas que la décision est forcément déraisonnable, les tribunaux judiciaires devant « chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer » (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, par. 12 et 13 (ci-après « arrêt *Labrador Nurses'* »)). L'implicite a donc sa place dans l'analyse de la « raisonnable » Cette approche a récemment été réitérée par la Cour suprême (voir notamment : *Williams Lake*, préc., note 39, par. 37; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, par. 56; *West Fraser*, préc., note 40, par. 49). En même temps, la Cour suprême soutient (l'italique est de nous) : « L'invitation à porter une attention respectueuse *aux motifs "qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision"* ne confère pas à la cour de justice le [TRADUCTION] "*pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l'analyse qu'elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat*" (*Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, par. 53 et 56). » *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, par. 54 (ci-après « arrêt *Alberta Teachers'* »)). Pour une opinion critique des conséquences de cette approche de la Cour suprême, voir Paul DALY, « The Scope and Meaning of Reasonableness Review », (2015) 52-4 *Alta. L. Rev.* 799.

IV. Le contrôle judiciaire en vertu de l'article 25 (1) de la *Loi sur l'immigration et le statut de réfugié* depuis l'affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*

Dans cette partie, qui constitue l'examen principal de notre recherche, nous présenterons les cinq affaires à l'étude dans l'ordre chronologique : *Kisana*, *Hinzman*, *Lemus*, *Habtenkiel* et *Kanthasamy*, la seule affaire où la chaîne d'appels se rend jusqu'à la Cour suprême, au lieu de prendre fin, comme les autres, à la Cour d'appel fédérale. Notre examen comprendra chaque fois un bref exposé des faits et des points de droit permettant de mieux comprendre ce que signifie une décision raisonnable dans le contexte particulier de l'application de l'article 25 (1) de la LIPR.

A. L'affaire *Kisana*

Des parents canadiens d'origine indienne, séparés de leurs filles jumelles, veulent les avoir avec eux au Canada. Elles vivent avec leur tante en Inde au moment où elles font leur demande de dispense pour des motifs humanitaires. Ces dernières ne peuvent recourir aux dispositions de la LIPR pour les regroupements familiaux, puisque les parents, au moment de leur admission au Canada, ne les ont pas déclarées comme enfants. Ils justifient cette situation pour des raisons culturelles : ces derniers n'étaient pas encore mariés lorsque les jumelles sont nées. L'agente du ministre en poste à New Delhi rencontre notamment les filles pour les questionner.

1. L'affaire *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 307 (j. Mosley)⁵⁰

Le juge Mosley souligne d'entrée de jeu que les directives aident à contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre, soit plus particulièrement celles, en l'espèce, qui sont relatives aux membres de fait de la famille. Puis, suivant l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁵¹, il applique la norme de contrôle de la

⁵⁰ *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 307 (j. Mosley) (ci-après « arrêt *Kisana CF* »).

⁵¹ *Baker*, préc., note 24.

décision raisonnable dans son analyse de la décision de l'agente. Conséquemment, même si la demande peut présenter certains mérites, le tribunal ne peut substituer son opinion à celle du décideur administratif, à moins qu'elle ne soit déraisonnable. Ce sera le cas si la décision dans son ensemble n'est étayée par aucun motif résistant à un examen attentif et probant. Il n'est pas question ici de savoir si le décideur est parvenu au *bon* résultat. Le fait que la demande a été formulée à l'étranger ne commande pas davantage de retenue du tribunal. Que doit prouver le demandeur dans une telle demande? Il doit démontrer qu'une mesure exceptionnelle apparaît justifiée à son endroit. Le tribunal n'a pas à soupeser à nouveau les facteurs applicables à la décision de l'agente, pas plus qu'il n'a à trancher relativement à la pondération accordée à chacun des facteurs.

On peut présumer que les jumelles veulent retrouver leurs parents, mais ce n'est pas une preuve de rapport étroit. La tentative des demandeurs de démontrer une contrainte excessive découlant de la séparation a échoué, et l'agente n'avait pas à tenter de combler ce vide lorsqu'elle a effectué ses vérifications⁵², au nom de l'intérêt supérieur des enfants, la preuve du privilège d'entrer au Canada incombant à qui le demande. Aucun relevé téléphonique n'a été soumis pour démontrer le contact entre les filles et leurs parents. La fausse déclaration de ces derniers concernant leurs enfants en Inde ne rend pas *de facto* irrecevables leurs demandes humanitaires, mais on doit en tenir compte dans l'analyse. Il faut donner du sens à l'article 117 (9) (d) du RIPR qui exclut de la catégorie « Regroupement familial » les enfants dépendants non soumis au contrôle, lequel fait échec aux demandes de parrainage⁵³. La décision de l'agente n'est pas déraisonnable. Les jumelles connaissent peu le Canada et leurs parents. Ceux-ci ne les ont pas préparées à leur arrivée en gardant un contact régulier avec elles. Ils n'ont pas fait suffisamment d'efforts pour les informer de la vie au Canada. Les demandes en contrôle judiciaire sont donc rejetées.

⁵² Peu de questions ont été posées aux enfants.

⁵³ Ce sont des demandes que les parents ont effectuées ultérieurement.

2. L'affaire *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 189 (jj. Nadon et Létourneau; j. Trudel, jugement concordant)⁵⁴

Le premier point que le juge Nadon examine est celui de l'intérêt supérieur des filles. Selon lui, cet intérêt représente un facteur parmi d'autres : il ne saurait primer dans l'absolu d'autres considérations, même si la plupart du temps cet intérêt consiste à vivre avec les parents. Si le mensonge des parents ne dépend pas de la volonté des filles, il demeure une considération publique pertinente. À propos de l'entrevue des filles, le juge Nadon souligne que ce n'est pas une audience comme dans le cas des demandes d'asile : l'objectif est de déterminer s'il y a suffisamment d'éléments pour conclure que la demande humanitaire est fondée, fardeau qui, selon la prépondérance des probabilités, appartient au demandeur. La contrainte associée à la séparation de ses parents peut être mitigée, ce qui est le cas, entre autres, pour ces enfants vivant avec leur tante et ayant une éducation appropriée en Inde. En ce sens, toute contrainte doit être soupesée avec l'ensemble des facteurs pertinents. Quant à l'intérêt supérieur de l'enfant, considéré selon une perspective orientée vers l'avenir telle qu'elle est préconisée en droit familial canadien, le juge Nadon rejette cette approche : elle concerne la garde ou le droit d'accès. Et le droit de l'immigration ne renvoie pas aux mêmes préoccupations que dans ce champ. Dans le contexte d'une demande humanitaire, l'enfant est sujet à une exemption de l'application de la loi pour obtenir un visa de résidence permanente. Le juge Nadon réitère que l'intérêt de l'enfant en droit de l'immigration ne saurait être aussi déterminant qu'il l'est en droit de la famille. Par ailleurs, on sait que les questions de l'agente aux familles étaient brèves. Elle n'avait pas le devoir d'aider les filles à combler les faiblesses de leur dossier, dans la mesure où l'agente disposait déjà de nombreux éléments de preuve. Elle aurait pu mener des entrevues plus élaborées, cela ne fait aucun doute. Cependant, cette lacune n'est pas fatale, si l'on considère tout le processus de vérification et le fardeau des appelantes de prouver la contrainte excessive qu'elles vivent.

⁵⁴

Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CAF 189 (jj. Nadon et Létourneau; j. Trudel, jugement concordant) (ci-après « arrêt *Kisana CAF* »).

La juge Trudel, dans ses motifs concordants, soutient qu'une mauvaise technique d'entrevue pourrait constituer une faille dans l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il importe de prendre en considération, durant l'enquête, la vulnérabilité de l'enfant en se montrant alerte, sensible et préoccupé de sa situation. Le juge Nadon a raison d'écarter la norme déterminante de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit de la famille. Par contre, la juge Trudel estime que ce champ du droit est utile en droit de l'immigration pour évaluer les besoins moraux, physiques et intellectuels d'un enfant. L'appel est rejeté.

B. L'affaire *Hinzman*

Jeremy Dean Hinzman est un militaire américain ayant déserté les forces armées en raison de convictions religieuses et morales⁵⁵, motif rejeté par l'armée. Hinzman n'a pas contesté cette décision. À son arrivée au Canada avec sa femme et son enfant, tous deux américains, ils demandent l'asile. Cette longue entreprise judiciaire échoue. Leurs demandes d'examen de risques avant renvoi sont également rejetées. Entre temps, le couple donne naissance à un autre enfant (ayant la citoyenneté canadienne). Subséquemment, la famille Hinzman dépose une demande d'exemption pour des considérations d'ordre humanitaire. Les parents tentent de faire valoir l'objection de conscience, le risque de persécution ou de stigmatisation associé à leur retour aux États-Unis avec leurs enfants de même que le fait qu'ils sont bien établis au Canada et que l'intérêt supérieur des enfants exige de rester au pays.

1. L'affaire *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 415 (j. Russell)⁵⁶

Selon l'agente, l'article 25 (1) de la LIPR ne sert pas à contourner le cadre de poursuites légales et légitimes d'un pays démocratique. Hinzman, à son retour aux États-Unis, aura droit à des garanties procédurales. Il est incertain qu'une peine de mort soit demandée dans son cas. Hinzman aurait

⁵⁵ Hinzman s'oppose à la guerre.

⁵⁶ *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 415 (j. Russell) (ci-après « arrêt *Hinzman CF* »).

dû contester la décision de l'armée lui refusant le statut de non-combattant. Quant au sort difficile que la société américaine pourrait lui réserver en raison de son statut de déserteur, l'agente estime que le demandeur n'a pas prouvé des difficultés appréhendées qui seraient « inhabituelles et injustifiées ou démesurées », critère découlant des directives ministérielles et maintes fois corroboré par la jurisprudence. L'établissement de Hinzman et de sa famille aux États-Unis ne correspond pas non plus à ce niveau de difficulté. Il en est de même pour l'aîné. Même s'il va à l'école en français au Canada, l'enfant comprend l'anglais et pourra donc poursuivre sans heurt sa formation scolaire aux États-Unis. Dans son analyse, le juge Russell admet les difficultés associées aux poursuites judiciaires américaines contre Hinzman, mais elles n'atteignent pas, selon lui, le degré requis. La loi américaine sur la désertion ne va pas à l'encontre du droit international, et le droit de l'immigration canadien n'a pas pour fonction de sauver les personnes des choix qu'elles ont faits. Le juge Russell reconnaît que les stigmates sociaux représentent un inconvénient et que plusieurs personnes pourraient soutenir que ces difficultés sont graves. À son avis, la décision de l'agente à ce propos n'est pas déraisonnable. Relativement à l'intérêt des enfants, même en admettant que le père soit condamné à la prison, cet intérêt a été pris en considération par l'agente. Le juge Russell témoigne sa sympathie aux appelants. Il est conscient des grands défis qu'ils auront à relever à leur retour et leur souligne qu'il ne fait qu'appliquer la loi. La Cour fédérale rejette les demandes en contrôle judiciaire.

2. L'affaire *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CAF 177 (jj. Trudel, Noël et Dawson)⁵⁷

Selon la juge Trudel, qui écrit au nom de ses collègues, l'agente n'a pas tenu compte de la situation personnelle de Hinzman : elle a uniquement considéré les risques associés à son retour, en reprenant l'examen déjà fait dans l'analyse de risques avant renvoi. L'agente n'a jamais considéré les objections religieuses et morales du demandeur : elle s'est contentée de souligner les garanties procédurales et la protection étatique dont il bénéficiera à son retour. Or, le droit à l'objection de conscience est un droit naissant en

⁵⁷ *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CAF 177 (jj. Trudel, Noël et Dawson) (ci-après « arrêt *Hinzman CAF* »).

droit international. Rien n'a été examiné en ce sens, malgré les arguments des demandeurs. Les directives en matière humanitaire indiquent que tous les facteurs doivent être considérés et que l'agente doit expliquer le poids attribué à chacun d'entre eux et leur raison d'être. Plus la preuve passée sous silence dans l'analyse des motifs est importante, plus le tribunal sera disposé à inférer que l'agente a tiré une conclusion erronée. La juge Trudel rappelle en terminant que l'application de l'article 25 (1) de la LIPR ne prescrit pas un résultat précis. Avant de décider du sort du demandeur, on doit tenir compte de l'ensemble de la situation. La Cour d'appel fédérale fait droit à l'appel.

C. L'affaire *Lemus*

Les demandeurs sont une famille salvadorienne arrivée au Canada en raison de problèmes vécus avec le groupe criminel Mara Salvatrucha. Le père et le fils, mineur, ont subi de l'extorsion de fonds de leur part, la mère a été victime du même sort, outre qu'elle a été agressée sexuellement par cinq membres de ce groupe. Le fils estime d'ailleurs en être encore la cible. La mère souffre d'un syndrome posttraumatique lié à ces événements. Ils ont demandé respectivement le statut de réfugié une fois au Canada. Les demandes ont été rejetées. Leur demande d'examen des risques avant renvoi l'a été également. C'est alors que ceux-ci ont formulé une demande pour motifs humanitaires.

1. L'affaire *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1274 (j. Near)⁵⁸

Selon l'interprétation faite par le juge Near quant à l'article 25 (1.3) de la LIPR⁵⁹, ce dernier a pour effet d'exclure certains facteurs de l'analyse

⁵⁸ *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1274 (j. Near) (ci-après « arrêt *Lemus CF* »).

⁵⁹ À titre de rappel, l'article 25 (1.3) de la LIPR énonce ce qui suit (l'italique est de nous) :

Le ministre, dans l'étude de la demande faite au titre du paragraphe (1) [qui porte sur les considérations d'ordre humanitaire] d'un étranger se trouvant au Canada, *ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié* – au sens de la Convention – aux termes de

des motifs d'ordre humanitaire, soit ceux qui sont prévus par les articles 96 et 97 de la LIPR et liés à l'obtention du statut de réfugié. L'agent pouvait exclure de la preuve tout ce qui concernait la peur de revenir au Salvador (en raison du groupe Mara Salvatrucha), cet élément ayant déjà été traité dans les autres demandes. Il a appliqué le bon test des difficultés appréhendées qui seraient « inhabituelles et injustifiées ou démesurées » advenant un retour dans le pays d'origine, les directives étant toujours éclairantes aux fins de l'analyse des motifs humanitaires. Les demandeurs ont tort d'écarter ce test dans le but de le remplacer par celui qui est présenté dans l'affaire *Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*⁶⁰. L'agent a considéré l'ensemble de la preuve pertinente et pouvait sopeser les différents éléments de preuve. Il a tenu compte des problèmes qu'ils pouvaient éprouver à leur retour, mais cela n'a pas suffi à le convaincre que les demandeurs atteignaient le seuil de difficultés prescrit par le test. En fait, leurs difficultés correspondent aux difficultés générales des Salvadoriens. Ils pourront compter sur une aide familiale au Salvador, et la mère pourra y obtenir les soins dont elle a besoin. Les demandes en contrôle judiciaire sont rejetées.

2. L'affaire *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114 (j. en chef Blais; jj. Stratas et Sharlow)⁶¹

Les directives peuvent guider la décision de l'agent, mais elles ne doivent pas l'empêcher (*unfettered*) de considérer l'ensemble de la preuve pertinente par rapport au dossier, affirme le juge Stratas, avec l'appui de ses collègues. L'agent doit demeurer ouvert d'esprit. Plusieurs aspects de sa décision apparaissent raisonnables. Elle devient néanmoins déraisonnable quand l'agent écarte de l'analyse la peur des demandeurs (ce qui inclut un enfant) d'être la cible d'un groupe criminel. L'agent a considéré l'intérêt

l'article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); *il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face.*

⁶⁰ *Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (1970) 4 I.A.C. 338 (ci-après « arrêt *Chirwa* »). Comme nous le verrons un peu plus loin, ce test, moins exigeant, consiste à se demander si une personne raisonnable, au nom de l'équité et de la justice, accorderait la demande pour des motifs humanitaires.

⁶¹ *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114 (j. en chef Blais; jj. Stratas et Sharlow) (ci-après « arrêt *Lemus CAF* »).

supérieur de l'enfant en mentionnant que les membres de sa famille au Salvador pourront l'aider. Sur cette seule base, la décision se révèle déraisonnable. Malgré tout, le ministre demande à la Cour d'appel fédérale d'examiner l'ensemble de la preuve au dossier, car il estime qu'une abondante quantité d'éléments permettent de maintenir la décision. Le ministre s'appuie sur ce passage de l'arrêt *Dunsmuir* : « Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] “retenue au sens de respect” n'exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] “la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision”⁶². » Le juge Stratas, après avoir examiné la jurisprudence pertinente, soit les affaires *Labrador Nurses* et *Alberta Teachers*, s'estime lié à ce dernier arrêt : « [I]l n'y a pas lieu en l'occurrence de donner suite à l'invitation du ministre et de compléter ou [de] reformuler les motifs de l'agente afin de maintenir sa décision⁶³. » L'appel est accueilli.

D. L'affaire *Habtenkeil*

Au moment de son immigration au Canada, un père ne déclare pas son enfant dépendante conçue hors mariage avec une autre femme que son épouse. Durant deux ans, l'enfant demeure en Érythrée avec sa mère. Elle rencontre son père pour la première fois à l'âge de 5 ans. Ils parlent à quelques reprises par téléphone. Sans succès, il tente de la parrainer, le RIPR interdisant ce type de parrainage compte tenu de la fausse déclaration du père ayant empêché l'agent de procéder au contrôle⁶⁴. Âgée de 15 ans, Raheal Habtenkiel dépose une demande d'exemption pour motifs humanitaires depuis le Soudan, où elle vit chez un cousin de son père. Ses parents l'aident à l'occasion en lui offrant un soutien financier.

⁶² *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 48. Notre traduction.

⁶³ *Lemus CAF*, préc., note 61, par. 37.

⁶⁴ RIPR, art. 117 (9) (d).

1. L'affaire *Habtenkiel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 397 (j. Heneghan)

Les motifs du juge Heneghan sont laconiques. Selon lui, l'agent a considéré toute la preuve pertinente, ce qui comprend notamment le manque d'intérêt sérieux du père à l'égard de son enfant. Même si l'agent n'a pas mentionné explicitement le facteur de l'« intérêt de l'enfant », il l'a considéré. La demande en contrôle judiciaire est rejetée.

2. L'affaire *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180 (jj. Pelletier, Dawson et Stratas)⁶⁵

Selon le juge Pelletier et ses collègues qui approuvent ses motifs, bien que l'agent n'ait pas écrit dans sa décision les termes « intérêt de l'enfant », il n'a pas pour autant écarté cet aspect. Aucun fait au dossier ne semble donner un poids important à ce facteur. Comme cela a été mentionné dans d'autres affaires, cet intérêt ne peut dicter le résultat de la demande humanitaire : c'est plutôt un facteur à considérer comme les autres. Le juge Pelletier reconnaît cependant qu'il ne peut examiner le raisonnement de l'agent, vu l'absence de motifs explicites à cet égard. Le dossier révèle que cette enfant a été privée de ses parents la plupart du temps. Malgré le soutien financier qu'ils lui offraient à l'occasion, elle a été généralement privée de contacts affectifs de la part de ses deux parents. Un des objets de la LIPR consiste à *réunir* les familles⁶⁶. Il faut donc distinguer la « réunion » de l'« union ». Et l'on pouvait raisonnablement conclure que l'enfant, dans sa situation, se trouvait du « mauvais côté » de la distinction. Le juge Pelletier conclut : « Cette décision n'est pas incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant concernée, compte tenu du fait que les avantages tirés de la vie au Canada ne doivent pas faire pencher la balance, par eux-mêmes, en faveur de tout enfant mis en contact avec le système d'immigration⁶⁷. » L'appel est rejeté.

⁶⁵ *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180 (jj. Pelletier, Dawson et Stratas) (ci-après « arrêt *Habtenkiel CAF* »).

⁶⁶ LIPR, art. 3 (d).

⁶⁷ *Habtenkiel CAF*, préc., note 65, par. 48.

E. L'affaire *Kanthasamy*

Jeyakannan Kanthasamy est un mineur tamoul originaire du Sri Lanka. Détenu et interrogé par les autorités de son pays en 2010, il craint sérieusement pour sa sécurité. Avec l'aide de sa famille, il se rend seul au Canada pour y vivre avec son oncle et sa tante. On lui refuse le statut de réfugié et l'on rejette subséquemment sa demande d'examen de risques avant renvoi. Il demande alors une dispense pour motifs humanitaires.

1. L'affaire *Kanthasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 802 (j. Kane)⁶⁸

S'appuyant sur un passage de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Khosa*⁶⁹ et tout en rappelant les grands principes de l'arrêt *Dunsmuir*, le juge Kane affirme : « Bien qu'il puisse exister plus d'une issue raisonnable, "si le processus et l'issue en cause cadrent bien avec les principes de justification, de transparence et d'intelligibilité, la cour de révision ne peut y substituer l'issue qui serait à son avis préférable"⁷⁰. » L'agente a respecté ces principes. Le juge Kane se penche sur l'article 25 (1.3) de la LIPR. L'enjeu consiste à déterminer les « difficultés » recevables lorsque vient le temps de considérer les motifs humanitaires, puisque cette disposition mentionne que dans le contexte de cette analyse le ministre « ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié ». Les « difficultés » envisagées en vertu de l'article 25 (1) ne sont donc pas les mêmes que celles d'une demande d'asile ou d'un examen de risques avant renvoi. Le juge Kane précise que « l'appréciation devrait porter sur d'autres difficultés⁷¹, y compris la discrimination et les

⁶⁸ *Kanthasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 802 (j. Kane) (ci-après « arrêt *Kanthasamy CF* »).

⁶⁹ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, par. 59.

⁷⁰ *Kanthasamy CF*, préc., note 68, par. 11.

⁷¹ *Id.*, par. 37, où le juge Kane écrit plus exactement ceci :

Par suite des modifications apportées à l'article 25, les risques évoqués par le demandeur, en l'occurrence le risque d'être persécuté ou torturé ou de voir sa vie menacée ou de subir des traitements cruels et inusités du fait de sa race ou de ses origines ethniques, ont été examinés dans le cadre de sa demande d'asile et de sa demande d'ERAR et ne peuvent être

conditions défavorables dans le pays et la question de savoir dans quelle mesure elles ont une incidence sur le demandeur, et sur la question de savoir si ces difficultés constituent des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives⁷² ».

Le juge Kane examine trois éléments au dossier de Kanthasamy : son établissement au Canada, son intérêt supérieur (comme enfant) et son évaluation psychologique. Le niveau d'établissement du demandeur correspond à celui qui est espéré : il va à l'école, a un travail à temps partiel et compte des amis. Il a aussi des parents au Sri Lanka qui peuvent subvenir à ses besoins. Son retour là-bas n'apparaît pas susceptible de lui causer de grandes difficultés. Puisqu'il était en attente de son statut, il est normal que son lien avec le Canada se soit développé, et Kanthasamy devait s'attendre à un départ éventuel plus difficile. Cette attente au Canada ne saurait constituer un avantage. À plus forte raison, Kanthasamy pourra déposer une demande humanitaire à partir du Sri Lanka. L'intérêt supérieur de l'enfant, après avoir considéré les deux possibilités, c'est-à-dire qu'il demeure au Canada ou qu'il retourne au Sri Lanka, est de retrouver ses parents. Même si l'agente reconnaît que la vie peut être meilleure au Canada, Kanthasamy pourra continuer son éducation au Sri Lanka de même qu'être avec sa famille et ses proches. Quant au rapport psychologique, l'agente ne l'a pas rejeté. Elle l'a considéré, soit l'expérience de détention, les menaces et l'enquête menée par les autorités srilankaises. L'agente reconnaît que l'idée de son retour au Sri Lanka peut causer de l'anxiété au demandeur. Or, le rapport psychologique ne saurait prouver ce qui se passe là-bas. Malgré le syndrome posttraumatique dont il souffre et pour lequel il n'a pas été traité au Canada, Kanthasamy pourrait obtenir des soins à son arrivée. Selon l'agente, « le processus d'examen des motifs d'ordre humanitaire n'était pas censé supprimer les difficultés, mais plutôt remédier aux difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives⁷³ », ce qui ne correspond pas à la situation du demandeur. La demande en contrôle judiciaire est rejetée.

réexaminés dans le cadre d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*, par. 59.

2. L'affaire *Kanhasamy c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 CAF 113 (jj. Stratas, Blais et Sharlow)⁷⁴

Le juge Stratas, pour les motifs auxquels ses collègues souscrivent, observe que le test « des difficultés appréhendées inhabituelles et injustifiées ou démesurées » de l'article 25 (1) de la LIPR n'a jamais été confirmé par la Cour d'appel fédérale ou la Cour suprême. Dans l'affaire *Baker*, les parties ne le contestaient pas, et la Cour suprême l'a utilisé à bon escient dans son raisonnement, ce qui amène le juge Stratas à conclure que c'est le bon test. Quelles sont ces « difficultés »? Les directives ministérielles traitent de cette question. Il est vrai que celles-ci amènent de la constance dans l'application de l'article 25 (1) et qu'elles permettent de préciser les motifs humanitaires, mais elles demeurent malgré tout un guide administratif : ces directives n'ont pas force de loi ni ne peuvent le modifier. Il est proscrit de les considérer comme une liste fermée susceptible d'entraver l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par l'article 25 (1). Le pouvoir discrétionnaire implique l'absence de règles dictant le résultat dans chaque cas. Par contre, une telle discrétion ne va pas jusqu'à inclure un test – celui de la décision *Chirwa* – où l'on se demanderait si une personne raisonnable d'une communauté civilisée serait susceptible de vouloir soulager, au nom de l'équité et de la justice, les misères de l'autre. Cette approche accorderait une trop grande portée à l'article 25 (1). De plus, une demande recevable ne signifie pas qu'elle sera accordée, car des considérations d'ordre public pourraient supplanter les directives. Quant à l'article 25 (1.3), il ne change rien au test de l'article 25 (1). S'il ne peut reproduire l'analyse suivie dans une demande de réfugié pour traiter une demande humanitaire, les faits au dossier demeurent, et l'agent peut les reprendre dans le but d'appliquer le test de l'article 25 (1).

Maintenant, qu'est-ce que la « raisonnabilité » dans ce contexte? Le juge Stratas reprend la plupart des principes déjà présentés⁷⁵. L'agente les a

⁷⁴ *Kanhasamy c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 CAF 113 (jj. Stratas, Blais et Sharlow) (ci-après « arrêt *Kanhasamy CAF* »).

⁷⁵ *Id.*, par. 84, tiré de *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 CAF 56, où le juge Stratas ajoute cependant le point suivant, que nous citons ici dans sa version originale, en anglais, afin de présenter plus fidèlement son propos : « owing to the importance of the matter to applicants

respectés. Selon elle, les conditions au Sri Lanka se sont améliorées pour les hommes tamouls. Kanthasamy a probablement été appréhendé par les autorités srilankaises pour des raisons de sécurité nationale. Ce dernier n'a pas présenté une preuve détaillée des actes discriminatoires dont il aurait souffert au Sri Lanka. De plus, y retourner, malgré son établissement au Canada, ne représente pas une difficulté excessive. L'intérêt supérieur de cet enfant ne sera pas compromis : ses parents et sa famille immédiate l'accueilleront; il ira à l'école et pourra se retrouver du travail. En revanche, l'agent a accordé peu d'importance à certains éléments du rapport du psychologue qui s'avèrent, de reconnaître le juge Stratas, très favorables au demandeur. Or, en vertu de la norme de contrôle de la décision raisonnable, on exige seulement que son examen soit acceptable et défendable, des qualités attribuables à la décision de l'agent. L'appel est rejeté.

3. L'affaire *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61 (j. en chef McLachlin et jj. Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon, majoritaires; jj. Moldaver et Wagner, dissidents)⁷⁶

Sous la plume de la juge Abella, écrivant au nom de la majorité des juges de la Cour suprême, le tribunal se penche tout d'abord sur l'objectif de l'article 25 (1) de la LIPR. À cette fin, la juge Abella présente l'historique législatif des admissions humanitaires, dont voici les points saillants :

- En 1952, conformément à la *Loi sur l'immigration*⁷⁷, le ministre détenait un pouvoir discrétionnaire pratiquement sans limites pour l'admission de personnes au Canada. À défaut

under subsection 25(1), the court must be vigilant in ensuring that the outcome the officer reaches is truly within that range ». Ce passage de l'arrêt *Kanthasamy CAF* est traduit ainsi : « La demande relevant du paragraphe 25 (1), le juge doit s'assurer avec vigilance de l'appartenance véritable à un tel éventail de l'issue à laquelle l'agent est arrivé. » On reconnaît donc les enjeux importants associés aux demandes pour des considérations d'ordre humanitaire.

⁷⁶ *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61 (j. en chef McLachlin et jj. Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon, majoritaires; jj. Moldaver et Wagner, dissidents) (ci-après « arrêt *Kanthasamy CSC* »).

⁷⁷ *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1952, c. 325.

- d'invoquer des motifs humanitaires – absents de la loi –, ce dernier pouvait délivrer des permis afin que certaines personnes puissent demeurer au pays, ce qui lui conférerait un pouvoir permettant « [d'] assouplir et d'humaniser⁷⁸ » la loi;
- Les « considérations d'ordre humanitaire » ou « motifs de pitié » ont fait leur apparition lors de l'adoption de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*⁷⁹ en 1966. Sans les définir avec précision, on a affirmé qu'« [i]l peut y avoir des motifs dictés par l'humanité ou la compassion pour laisser entrer des gens qui, règle générale, seraient inadmissibles⁸⁰ ». Ce pouvoir a été confié à la Commission d'appel de l'immigration (CAI);
 - Dans la décision *Chirwa*, en 1970, la CAI a jugé que les considérations humanitaires sont celles qui, en raison des faits, « incit[ent] tout homme raisonnable [*sic*] d'une société civilisée à soulager les malheurs d'une autre personne⁸¹ ». Cette définition comprend une part de subjectivité, mais elle requiert tout de même des éléments objectifs, le but étant toujours d'assurer l'accès à la dispense sans lui conférer une portée excessive⁸²;
 - La *Loi sur l'immigration de 1976*⁸³ a étendu le pouvoir discrétionnaire de dispense pour motifs humanitaires au gouverneur en conseil;
 - En 2001, l'article 25 (1) de la LIPR que l'on connaît remplace la disposition qui prévoyait le pouvoir de dispense au gouverneur en conseil.

Les dispositions « d'ordre humanitaire » en droit de l'immigration canadien, infère la juge Abella de cet historique législatif, « avaient un

⁷⁸ *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470, p. 476.

⁷⁹ *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.C. 1966-67, c. 90.

⁸⁰ CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 27^e légis., 20 février 1967, p. 13267 (M. John Munro).

⁸¹ *Chirwa*, préc., note 60, p. 364.

⁸² *Id.*

⁸³ *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, c. 52.

objectif commun, à savoir offrir une mesure à vocation équitable⁸⁴ », dès lors que les faits invitent la personne raisonnable et civilisée à « soulager les malheurs d'autrui⁸⁵ ». Une fois cette conclusion tirée, elle précise que cet objectif est intégré aux lignes directrices en ce qu'elles prévoient « l'évaluation des difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » que le demandeur doit prouver. Deux écoles de pensée s'affrontent quant à la façon d'aborder ces facteurs : les facteurs tels qu'ils sont formulés établissent avec justesse le critère de dispense; les facteurs guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire, mais ne peuvent d'aucune façon le limiter. Au nom des objectifs d'équité liés à la dispense, la seconde approche est celle qui prévaut⁸⁶.

Quant à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte d'analyse de l'article 25 (1) de la LIPR, la juge Abella soutient que c'est une considération « singulièrement importante⁸⁷ ». Si l'enfant est le demandeur, cet intérêt doit influencer la façon d'apprécier tous les autres aspects considérés. Ainsi, une dispense normalement refusée pour un adulte pourrait être accordée à un enfant, ce dernier pouvant éprouver de plus grandes difficultés qu'un adulte dans la même situation.

À la lumière de ces éléments, la juge Abella, suivant la norme de contrôle de la décision raisonnable, rejette la démarche de l'agente, qui ne

⁸⁴ *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, par. 21.

⁸⁵ *Chirwa*, préc., note 60, p. 364.

⁸⁶ Dans l'arrêt *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, la juge Abella affirme ce qui suit (l'italique est de nous) :

[33] L'expression « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » a donc vocation descriptive et ne crée pas, pour l'obtention d'une dispense, trois nouveaux seuils en sus de celui des considérations d'ordre humanitaire que prévoit déjà le par. 25 (1). Par conséquent, ce que l'agent ne doit pas faire, dans un cas précis, c'est voir dans le par. 25 (1) trois adjectifs à chacun desquels s'applique un seuil élevé et appliquer la notion de « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » d'une manière qui restreint sa faculté d'examiner et de soupeser *toutes* les considérations d'ordre humanitaire pertinentes. *Les trois adjectifs doivent être considérés comme des éléments instructifs, mais non décisifs, qui permettent à la disposition de répondre avec plus de souplesse aux objectifs d'équité qui la sous-tendent.*

⁸⁷ *Id.*, par. 40.

tient pas compte de la situation globale de Kanthasamy. L'agente interprète littéralement les adjectifs relatifs aux difficultés et apprécie ces dernières de manière fragmentaire, ce qui limite ainsi son pouvoir d'accorder la dispense et de se montrer équitable, tel que l'objet de la disposition l'impose. Trois aspects de son dossier le démontrent. Premièrement, au lieu d'en faire un facteur important, l'agente réduit l'importance du diagnostic psychologique du demandeur, qu'elle a jugé recevable, en exigeant une preuve de soins au Canada ou dans son pays d'origine. Il en est de même lorsque « l'agente passe sous silence les répercussions de son renvoi [...] sur sa santé mentale⁸⁸ », malgré l'avis du psychologue. Celui-ci peut se prononcer à cet égard : il n'est pas question de « ouï-dire ». Deuxièmement, sur l'enjeu de la discrimination, l'agente se montre trop exigeante et « mine la vocation humanitaire⁸⁹ » de l'article 25 (1) de la LIPR, en demandant une preuve directe et personnelle. On sait depuis longtemps⁹⁰ que l'on peut inférer la discrimination de l'appartenance d'un individu à un groupe qui en est victime. Cette situation correspond à celle du demandeur. Troisièmement, la déléguée du ministre a effectué une analyse superficielle de l'intérêt supérieur de Kanthasamy. Elle avait l'obligation d'accorder une grande importance au fait que c'est un enfant⁹¹. Pourtant, cet aspect du dossier est demeuré isolé des autres éléments. Sans compter que, en considérant le renvoi, l'agente n'a pas tenu compte de l'effet amplifié d'une séparation pour un enfant ayant tissé des liens avec ses proches au Canada.

Quant aux juges Moldaver et Wagner, dissidents dans cette affaire, ils reconnaissent que le test des « difficultés » peut parfois se révéler trop restrictif. Leurs considérations sur la portée de l'article 25 (1) de la LIPR font ressortir malgré tout la nature exceptionnelle de la dispense pour des motifs humanitaires. L'application de cette disposition doit être à la fois souple et rigoureuse, soutiennent ces derniers, et ce, en proposant un nouveau critère :

⁸⁸ *Id.*, par. 48.

⁸⁹ *Id.*, par. 54.

⁹⁰ Voir l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 173-174.

⁹¹ Notons que la juge Abella tire cette conclusion à la lumière notamment de la jurisprudence en droit de la famille (voir l'arrêt *Kanthasamy CSC*, préc., note 76, par. 34).

[101] Eu égard à l'objet et au contexte du par. 25(1), et compte tenu du fait que le critère des difficultés appliqué jusqu'à ce jour peut, dans certains cas, être trop restrictif, je reformulerais comme suit le critère applicable à l'octroi de la dispense : *compte tenu de toutes les circonstances, dont la nature exceptionnelle de la dispense pour considérations d'ordre humanitaire, le demandeur a-t-il démontré qu'un Canadien honnête et ouvert d'esprit estimerait qu'il est simplement inacceptable de ne pas faire droit à la demande?* Pour que le refus soit *simplement inacceptable*, la situation doit être suffisamment pressante pour que l'opportunité d'une dispense exceptionnelle fasse largement consensus.

Moins flou selon eux que le critère d'équité avancé par la juge Abella, celui qui est proposé s'avère plus rigoureux et permet d'éviter que le régime de l'article 25 (1) de la LIPR, dans les cas où l'on aurait une grande sympathie pour le demandeur, devienne une voie parallèle d'immigration ou un mécanisme d'appel des demandes d'asile rejetées. Ils comprennent la sympathie éprouvée à l'égard des étrangers dont « le pays d'origine n'offre pas les mêmes avantages⁹² » et qui, par conséquent, souhaitent être admis au Canada, « un pays où il fait bon vivre⁹³ ». Par contre, un refus de dispense, selon eux, n'est pas *simplement inacceptable*, selon le critère formulé précédemment.

Quant à la décision de l'agente, il faut se garder d'examiner de trop près ses motifs. On ne peut les décortiquer comme l'a fait la juge Abella⁹⁴, contrevenant ainsi au niveau de déférence requis. L'agente a utilisé un mode d'analyse valable n'ayant pas limité son pouvoir discrétionnaire et lui ayant permis de faire un examen complet du dossier. En ce qui a trait à la discrimination, l'agente a reconnu le caractère contradictoire de la preuve offerte quant à la situation au Sri Lanka, ce qui l'a menée à conclure que

⁹² *Id.*, par. 108.

⁹³ *Id.*, où les juges dissidents soutiennent plus précisément que le Canada « est une démocratie prospère et ses habitants jouissent d'un niveau de vie élevé; son taux de criminalité violente est relativement bas et son filet de protection sociale est généreux ».

⁹⁴ *Id.*, par. 112, où, selon les juges dissidents, la juge Abella « décortique la décision afin d'y trouver des erreurs de droit, elle résout les ambiguïtés de manière défavorable à l'agente et elle soupèse de nouveau la preuve ».

Kanthasamy n'en a pas fait la preuve d'une manière suffisante. Relativement au rapport psychologique, l'agente a émis des réserves, les conclusions de la psychologue reposant sur les propos de Kanthasamy. Le rapport ne prouve pas non plus les « difficultés » à son retour, étant donné qu'il pourra obtenir des soins. Au sujet de l'intérêt supérieur de Kanthasamy, l'agente a jugé que celui-ci doit rejoindre sa famille immédiate, a considéré les souffrances associées à son départ et a estimé que ce dernier pourra garder un contact avec ses proches du Canada. L'appel est accueilli.

V. Une synthèse des affaires présentées

Les décisions retenues étant présentées, le temps est maintenant venu d'en faire la synthèse, en ayant à l'esprit les questions posées dans notre recherche⁹⁵. Chacune des affaires examinées possède une trame factuelle unique, où la norme de contrôle de la décision raisonnable, telle que la Cour suprême l'enseigne, s'applique de manière contextuelle et autorise plusieurs issues raisonnables, pour autant que cette décision respecte les principes établis par le droit administratif⁹⁶. Il faut donc se garder de généraliser hâtivement ou de tomber dans la fausse analogie. En prenant en considération ces réserves, nous avons dégagé un point convergent parmi les décisions examinées, de même que trois points divergents. L'ensemble de ces points a été mis en lumière dans le but de circonscrire les contours parfois flous de la limite entre la décision raisonnable et la décision déraisonnable.

⁹⁵ Voici ces questions :

- Y a-t-il des facteurs plus déterminants que d'autres pour juger de la raisonnable de la dispense?
- Comment interprète-t-on le caractère « humanitaire » de la décision?
- Le test d'application de la dispense est-il toujours le même?

⁹⁶ Rappelons ces principes tels qu'ils sont énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 47 : « Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. »

A. Le point convergent

Le point convergent le plus évident, à notre avis, concerne la justification des tribunaux judiciaires lorsqu'ils estiment que la décision du ministre est déraisonnable. Sans grande surprise, mais il faut le souligner, on intervient pour casser la décision du ministre lorsque que ce dernier a omis de considérer un fait important au dossier ou de lui accorder un poids suffisant dans sa décision. Le juge Evans résume bien l'enjeu : « plus la preuve qui n'a pas été mentionnée expressément ni analysée dans les motifs de l'organisme est importante, et plus une cour de justice sera disposée à inférer de ce silence que l'organisme a tiré une conclusion de fait erronée « sans tenir compte des éléments dont il [disposait]⁹⁷ ».

N'empêche que, dans tous les cas où les tribunaux ont conclu qu'une intervention était justifiée en raison du caractère déraisonnable de la décision, on avait jugé précédemment que la même décision était raisonnable, en ne faisant pas grand cas de cet élément important ou en omettant de le considérer. Cela prouve une fois encore que le caractère raisonnable d'une décision administrative est la plupart du temps une affaire d'opinion. À l'appui de notre prétention, mentionnons les affaires *Hinzman*, *Lemus* et *Kanthasamy*. L'objection de conscience, selon la juge Trudel dans l'affaire *Hinzman CAF*, devait être examinée par le décideur, ce qui aurait permis ainsi de considérer l'ensemble de son dossier. Il en est de même dans l'affaire *Lemus CAF*, où le juge Stratas estime que la peur et l'intérêt supérieur de l'enfant avaient été écartés de l'analyse du dossier⁹⁸. Et dans

⁹⁷ *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n°1425, C.F., 1^{re} inst., par. 17.

⁹⁸ Par contre, dans l'affaire *Kanthasamy CAF*, préc., note 74, par. 97, le juge Stratas, dont la décision a été infirmée par la Cour suprême, prétend ceci (l'italique est de nous) :

Il ne fait aucun doute que le rapport contenait des déclarations auxquelles ont [sic] aurait pu accorder du poids, et qu'il aurait pu justifier une décision favorable à M. Kanthasamy. Ce n'est toutefois pas là le critère applicable lors d'un contrôle selon la norme de la raisonnabilité. *En fonction de cette norme, il est loisible à l'agent d'apprécier l'importance et le poids à accorder aux éléments de preuve, dans la mesure où cette évaluation est acceptable et peut se justifier.*

notre dernière affaire, *Kanthisamy CSC*, les juges majoritaires ont conclu que l'agente n'a pas tenu compte du fait qu'un adolescent avait tissé des liens avec des personnes au Canada.

B. Les points divergents

Étant donné le caractère vague des considérations d'ordre humanitaire, lesquelles ne font pas l'objet d'une définition parmi les jugements examinés, il n'est pas étonnant de repérer davantage de points divergents.

1. L'importance relative de l'intérêt supérieur de l'enfant

La seule précision explicite quant au sens des termes « considérations d'ordre humanitaire » prévus dans l'article 25 (1) de la LIPR est qu'elles comprennent « l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché » (*best interest of a child directly affected*). En présence d'une définition aussi indéterminée, cette mention spécifique du législateur apparaît bienvenue, puisque cette notion est bien connue notamment en droit de la famille, tant en common law qu'en droit civil. Elle offre par conséquent des enseignements jurisprudentiels et doctrinaux fort pertinents pour guider le ministre, le cas échéant, dans sa décision⁹⁹.

Le juge Nadon, dans l'affaire *Kisana CAF*, n'est pas de cet avis. Son approche a le mérite d'être claire :

L'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant dans un contexte d'immigration ne fait pas nécessairement intervenir une analyse fondée sur le droit de la famille où les véritables questions en litige

Le point convergent soulevé demeure, dans la mesure où cette décision a été infirmée. Et nous savons qu'il faudrait relativiser la dernière phrase du juge Stratas, et ce, eu égard à l'arrêt *Kanthisamy CSC*, préc., note 76, où le facteur associé à l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être écarté aussi facilement.

⁹⁹ Voir l'arrêt *Gill c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 613, par. 12 (ci-après « arrêt *Gill* »), où le juge Campbell adhère à cette approche en accordant, tout comme sur certaines questions en droit de la famille (la garde de l'enfant ou l'accès à ce dernier), une importance déterminante à l'intérêt de l'enfant en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour suprême dans ce champ du droit.

portent sur des questions de garde des enfants et de droits de visite. Contrairement aux affaires de droit de la famille dans lesquelles « l'intérêt supérieur des enfants » constitue, il va sans dire, le facteur déterminant, il en va différemment dans les affaires d'immigration, dans lesquelles la question en litige est, comme en l'espèce, celle de savoir si un enfant devrait être dispensé de l'obligation de respecter les conditions de la Loi et de son Règlement et être autorisé à devenir un résident permanent¹⁰⁰.

S'agissant du seul facteur indiqué par le législateur à l'article 25 (1) de la LIPR, comment doit-on alors pondérer celui-ci dans le contexte d'appréciation des motifs humanitaires? Pour le juge Nadon, invoquant l'affaire *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁰¹, ce facteur s'avère important, sans être pour autant déterminant¹⁰². Or, admettre cette conclusion n'implique pas nécessairement que tous les faits nouveaux en droit de la famille doivent être exclus. La juge Trudel, dans ses motifs concordants, affirme :

Comme mon collègue le juge Nadon, j'estime qu'il est tout à fait injustifié d'importer dans les demandes présentées en matière d'immigration la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » que l'on applique dans les affaires de garde et de droits de visite. Ainsi qu'il le souligne, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue le facteur déterminant en droit de la famille, ce qui n'est pas le cas dans le contexte de l'immigration, dans lequel ce facteur n'est qu'un de ceux dont on doit tenir compte. Cela ne veut cependant pas dire qu'on ne doive pas tenir compte des considérations et des compétences spécialisées portant sur les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques des enfants et, à cet égard, qu'on ne doive pas se référer au besoin et si cela est approprié à la compétence spécialisée des tribunaux de la famille pour en obtenir des renseignements précieux¹⁰³.

¹⁰⁰ *Kisana CAF*, préc., note 54, par. 37.

¹⁰¹ *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125 (ci-après « affaire *Legault* »).

¹⁰² *Kisana CAF*, préc., note 54, par. 37.

¹⁰³ *Id.*, par. 72.

Dans l'affaire *Kanthasamy CSC*, le plus haut tribunal du pays ne traite pas de cette divergence explicitement. Par contre, implicitement, nous pouvons raisonnablement inférer que la juge Abella, au nom de la majorité de ses collègues, est d'accord avec l'esprit du propos de la juge Trudel. Lorsque la Cour suprême interprète l'« intérêt supérieur de l'enfant » en contexte humanitaire, elle en déduit le sens à même la jurisprudence issue du droit de la famille, en précisant notamment qu'il importe d'appliquer ce facteur en « ten[ant] compte de l'âge de l'enfant, de ses capacités, de ses besoins et de son degré de maturité¹⁰⁴ ». La juge Abella rappelle aussi ce que la Cour suprême a écrit à ce propos dans l'arrêt *Baker*¹⁰⁵.

Revenons maintenant à la question de la pondération du facteur de l'« intérêt de l'enfant », plus particulièrement lorsque celui-ci est lui-même le demandeur de la dispense. Dans l'arrêt *Kanthasamy CSC*, la juge Abella, manifestement consciente de certains problèmes associés à l'approche selon laquelle ce facteur apparaît « important mais non déterminant », soutient que « l'« intérêt supérieur » doit être considéré comme un élément important, mais aussi [...] [qu']il doit jouer dans l'appréciation des autres aspects de la situation de l'enfant¹⁰⁶ ». En raison de cette précision, à notre avis, la Cour suprême oblige le décideur – si certains ne le faisaient pas déjà – à tenir compte de ce facteur de telle sorte que ce dernier module l'évaluation de tous les autres facteurs. Par conséquent, la juge Abella vient dire que ce facteur est davantage qu'un simple facteur parmi d'autres.

Pourtant, dans les affaires *Kisana* et *Habtenkiel*, où ce facteur était présent, on l'entrevoyait selon cette perspective, dans la mesure où les cours de révision judiciaire jugeaient qu'en lui-même il ne pouvait justifier une dispense¹⁰⁷. Dans l'affaire *Habtenkiel*, il aurait été difficile de suivre l'approche prescrite par la juge Abella, l'agent n'ayant pas indiqué dans son raisonnement si l'intérêt supérieur de l'enfant en faisait partie. Devant ce

¹⁰⁴ *Kanthasamy CSC*, préc., note 76, par. 35.

¹⁰⁵ *Baker*, préc., note 24, par. 74-75.

¹⁰⁶ *Kanthasamy CSC*, préc., note 76, par. 41.

¹⁰⁷ *Kisana CAF*, préc., note 54, par. 24; *Habtenkiel CAF*, préc., note 65, par. 48. Dans les arrêts *Hinzman CAF*, préc., note 57, *Lemus CAF*, préc., note 61, et *Kanthasamy CAF*, préc., note 74, on ne mentionne pas de quelle façon il faut considérer ce facteur.

constat, la Cour d'appel fédérale complète les motifs de l'agent et conclut que son intérêt a été pris en considération¹⁰⁸, approche difficilement réconciliable avec celle qui a été préconisée ultérieurement par la juge Abella. De plus, on peine à comprendre en quoi il apparaissait justifié dans cette affaire de compléter les motifs du décideur, alors que dans l'affaire *Lemus CAF* la même cour a refusé de le faire¹⁰⁹.

2. L'analyse de la dispense humanitaire faite parfois en vase clos par rapport aux autres champs du droit

Compte tenu du point précédent, on aura compris au passage que la Cour suprême dans l'affaire *Kanthasamy CSC* soutient tacitement l'idée de la juge Trudel dans le jugement *Kisana CAF*, où le juge Nadon prend soin de dissocier les approches du droit de l'immigration et du droit de la famille sur la question de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est là une divergence importante, puisque d'un côté (l'approche de la juge Trudel appuyée implicitement par la Cour suprême) on cherche à enrichir la compréhension des enjeux d'immigration auprès d'un enfant à l'aide d'un autre champ du droit, tandis que de l'autre (l'approche du juge Nadon notamment) on s'en prive. L'enjeu est appréciable, considérant, entre autres, que la dispense pour des considérations d'ordre humanitaire se réfère explicitement à une notion du droit de la famille et que cette dispense se veut souple et flexible dans son application en raison de son objet. En droit de la famille, l'avenir de l'enfant est une considération dominante¹¹⁰. Pourquoi ce champ du droit ne pourrait-il pas éclairer le décideur administratif dans le cas d'une dispense humanitaire? Certes, nous comprenons que l'avenir de l'enfant ne peut être le facteur déterminant dans l'analyse, comme c'est le cas dans les affaires de garde ou d'accès à l'enfant. Cependant, une autre question surgit immédiatement : l'avenir d'un enfant, son intérêt supérieur, en droit de l'immigration comme en droit de famille, comment pourrait-il être différent? Rien ne le démontre. Et tenter de le prouver serait vain, la nature de ses intérêts étant une question de fait. C'est pourquoi les enseignements du droit de la famille,

¹⁰⁸ *Habtenkiel CAF*, préc., note 65, par. 47 et 48.

¹⁰⁹ *Lemus CAF*, préc., note 61, par. 38.

¹¹⁰ Voir l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3. Rappelons que le juge Campbell dans l'arrêt *Gill*, préc., note 99, par. 12, souscrit à cette approche.

nous semble-t-il, s'avèrent pertinents pour mieux circonscrire les effets potentiels du refus ou de l'acceptation d'une dispense. Dans la mesure où l'objectif consiste à éviter une « analyse superficielle¹¹¹ », comme la juge Abella l'a affirmé sans détour à propos de celle qui a été menée dans l'affaire *Kanhasamy*, on peut difficilement s'opposer à profiter de la perspective qu'offre le droit de la famille dans le traitement des dispenses humanitaires. Ce faisant, la conclusion pourrait être différente, par exemple, dans l'affaire *Habtenkiel*, où une dispense a été refusée à une enfant, notamment en inférant que le droit de l'immigration n'a pas pour objectif « d'unir » les familles, sa fonction se limitant à les « réunir¹¹² ». Une telle approche apparaît réductrice et cadre mal avec la nature exceptionnelle de la dispense. Le point de vue du droit de la famille n'est certainement pas le remède universel pour contrer ce type de distinction pouvant être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, mais il peut certainement aider, et cela s'avère conforme à l'approche de la Cour suprême.

3. L'absence de consensus quant au critère de la dispense humanitaire

Décider de la dispense, sans l'éclairage des directives ministérielles, entraînerait hors de tout doute un exercice arbitraire, voire chaotique, du pouvoir d'accorder ou non cette dispense. La nature du pouvoir discrétionnaire exige cet encadrement¹¹³. En lisant l'arrêt *Kanhasamy CSC*, nous constatons qu'un problème se pose lorsque ces directives, bien qu'elles soient indispensables, deviennent un obstacle à l'objectif que le législateur s'est initialement donné en conférant un pouvoir discrétionnaire aussi étendu au ministre, ce dernier pouvant suspendre l'application de la loi au nom de motifs humanitaires indéfinis. L'équilibre entre la souplesse et la rigueur, pour reprendre les termes des juges dissidents dans cette affaire, est certainement un enjeu. La rigueur ne doit pas cependant voiler les objectifs d'équité (intimement liés aux sentiments d'humanité et de compassion qui consistent à « soulager les malheurs d'une autre personne¹¹⁴ ») que le

¹¹¹ *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, par. 57.

¹¹² *Habtenkiel CAF*, préc., note 65, par. 48.

¹¹³ Nous pensons évidemment à l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 (voir en particulier la page 140).

¹¹⁴ *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, par. 21, citant l'arrêt *Chirwa*, préc., note 60, p. 364.

législateur souhaite atteindre au moyen de cette dispense. Un passage du juge Russell dans l'affaire *Hinzman* – celle du déserteur et de sa famille – montre bien les limites ou l'inconfort que peut provoquer l'approche de la « rigueur » aux dépens de l'« équité » (l'italique est de nous) :

À en juger par l'assistance à l'audience, la présente demande de contrôle judiciaire a suscité dans le public un intérêt marqué et une vive controverse. Dans mon examen de la décision de l'agente, je me suis contenté d'appliquer la jurisprudence pertinente et les principes du contrôle judiciaire tels que je les comprends. Mes conclusions déplairont à l'évidence non seulement aux demandeurs, mais aussi à leurs partisans. Cependant, elles ne sont d'aucune manière à interpréter comme une intervention en faveur de l'un ou l'autre des partis qui divisent l'opinion publique à ce sujet. Elles sont simplement les conclusions que je m'estime obligé de tirer de l'application du droit canadien aux faits et aux arguments qui m'ont été présentés. *Que je doive statuer contre les demandeurs ne signifie pas que la Cour soit inconsciente des problèmes considérables auxquels ils pourraient devoir faire face en tant que famille lorsqu'ils seront renvoyés aux États-Unis, ni qu'elle y soit insensible*¹¹⁵.

Heureusement que dans cette affaire un sort « équitable » attendait les demandeurs à la Cour d'appel fédérale. Dans cet extrait, on voit que le juge Russell constate l'appui important de la communauté dont ces derniers bénéficient, ce qui rappelle un des aspects du critère que les juges dissidents dans l'affaire *Kanthasamy CSC* proposaient, soit celui qui est relatif au « consensus large¹¹⁶ ». Dans la décision *Lemus CF*, le juge Near s'en tient au critère des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » des lignes directrices, où la décision de l'agente allait jusqu'à considérer ces difficultés par rapport à celles que vivent généralement les Salvadoriens¹¹⁷, en accordant une importance moindre au fait de quitter le Canada. Dans la

¹¹⁵ *Hinzman CF*, préc., note 56, par. 97 (l'italique est de nous).

¹¹⁶ Rappelons ce que les juges affirment dans l'arrêt *Kanthasamy CSC*, préc., note 76, par. 101 : « Pour que le refus soit *simplement inacceptable*, la situation doit être suffisamment pressante pour que l'opportunité d'une dispense exceptionnelle fasse largement consensus. »

¹¹⁷ *Lemus CF*, préc., note 58, par. 12.

décision *Kanhasamy CAF*, la Cour d'appel fédérale avait l'occasion de se pencher sur le bien-fondé de ce critère. Elle l'a plutôt confirmé en s'appuyant sur l'arrêt *Baker*, où la Cour suprême a mentionné que ce critère venait des directives ministérielles, sans plus. N'empêche qu'en confirmant la validité de ce critère, même si le juge Stratas soutient que les directives ne représentent qu'un guide et qu'elles ne peuvent limiter le pouvoir discrétionnaire du ministre, la Cour d'appel fédérale semble commettre indirectement l'erreur qu'elle dénonce en estimant que ce critère est le bon. Son application, comme chacun le sait, a pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire du ministre, soit précisément ce qu'elle voulait éviter.

Quant à la Cour suprême, en dévoilant l'objectif d'équité du législateur, elle adopte l'approche élargie du critère préconisée dans le jugement *Chirwa*. Dans son analyse interprétative, la juge Abella passe sous silence la norme d'interprétation applicable pour interpréter une loi qui conférerait des droits à une personne, laquelle requiert une interprétation large et libérale. À n'en pas douter, son interprétation l'est. Pourtant, une ambiguïté demeure : le demandeur de la dispense humanitaire a-t-il *droit* à l'équité? Auquel cas, quels en sont les critères? Pour le moment, nous pouvons difficilement répondre à ces questions, l'un des problèmes à cet égard étant que de tels critères reposent en partie sur les sentiments d'humanité et de compassion du décideur, lesquels apparaissent subjectifs, voire pour certains, intimes. Rappelons, par ailleurs, que le ministre, en présence d'une demande humanitaire recevable, pourrait malgré tout la rejeter au nom de l'intérêt public¹¹⁸.

Cela dit, il est connu que le demandeur a droit à l'équité procédurale¹¹⁹. Et si nous examinons de plus près le critère adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *Kanhasamy*, celui de l'arrêt *Chirwa* qui a pour objet de

¹¹⁸ *Kanhasamy CAF*, préc., note 74, par. 61. Voir également : *Legault*, préc., note 101, par. 17 et 18; *Pannu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1356, par. 29.

¹¹⁹ Voir C. DAUVERGNE, préc., note 5, qui a examiné cet enjeu. Cette auteure affirme que le droit à l'équité procédurale est un droit substantiel, car il offre un accès au système judiciaire.

« soulager les malheurs d'une autre personne¹²⁰ », nous demeurons perplexes. Par exemple, l'objection de conscience d'Hinzman, qui a causé sa désertion, a été traitée comme un *choix* par l'agent, ce qui a été confirmé également par la Cour fédérale. Envisagées sous l'angle du « malheur », de ce qui dépend et de ce qui ne dépend pas de lui, les chances d'Hinzman se voyaient, selon nous, d'autant plus réduites. On entre alors dans les grands débats relatifs au *choix*, à la liberté. Le demandeur est-il en partie ou en totalité responsable des difficultés à l'origine de la dispense sollicitée? Jusqu'à quel point les difficultés que le demandeur a éprouvées dans son pays ne dépendent-elles pas de lui? En somme, le critère de la Cour suprême ne vient pas tout régler, même s'il apparaît plus fidèle à l'approche recherchée par le législateur.

Conclusion

Quels sont les attributs de la décision raisonnable prise en vertu de l'article 25 (1) de la LIPR? On pouvait s'en douter, ils sont multiples. Ce que les cours recherchent en contrôle judiciaire de cette décision est une démarche rationnelle et défendable, rien de plus, ce qui présuppose qu'il n'y a pas d'attributs essentiels des considérations d'ordre humanitaire. Pour sa part, le demandeur est en droit de s'attendre à une *démarche* rationnellement justifiée du décideur. Le juge Stratas résume bien l'approche en question :

[L]a Cour n'a pas pour mission d'apprécier de nouveau les éléments de preuve versés aux débats. Elle doit alors plutôt se limiter à rechercher si une conclusion a un caractère irrationnel ou arbitraire tel que sa compétence, reposant sur la primauté du droit, est engagée, comme l'absence totale de recherche des faits, le défaut, lors d'une telle recherche, de respecter une exigence expresse de la loi, le caractère illogique ou irrationnel du processus de recherche des faits ou l'absence de tout fondement acceptable à la conclusion de fait tirée (*Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, aux paragraphes 44 et 45; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des*

¹²⁰

Kanthasamy CSC, préc., note 76, par. 21, citant l'arrêt *Chirwa*, préc., note 60, p. 364.

compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740, [1990] 3 R.C.S. 644, à la page 669)¹²¹.

Le demandeur ne peut donc s'attendre à un résultat précis, puisque l'objet de la disposition ne l'est pas. Le caractère exceptionnel de la dispense, comme la Cour suprême l'a dévoilé dans l'arrêt *Kanthasamy CSC*, est lié à sa « vocation équitable¹²² », objectif indéterminé qui offre une grande discrétion au décideur.

Selon nous, l'une des leçons à tirer de cette décision de la Cour suprême est que, pour maintenir ce caractère équitable, le décideur doit renoncer à définir (ou à concevoir) de manière arrêtée les « considérations d'ordre humanitaire », ce qui pourrait, comme dans le cas de *Kanthasamy*, contrevenir à l'objectif que poursuit le législateur. La solution n'est évidemment pas de supprimer les lignes directrices. Ces dernières ont une fonction importante, notamment d'éviter que l'arbitraire prime l'équité. Et ces lignes directrices sont un *moyen* pour parvenir à cette *fin* d'équité. Elles se limitent à énumérer les éléments faisant partie de l'*extension* (par opposition, suivant le langage de la logique, à la *compréhension* – ce qui est essentiel à un concept) des « considérations d'ordre humanitaire », qui ne sont pas nécessaires à celles-ci, mais qui peuvent s'y rattacher.

Voici ce qui est connu de la définition en *compréhension* de ces considérations : être humanitaire, dans le contexte d'application de l'article 25 (1) de la LIPR, consiste à être équitable « eu égard aux circonstances d'un demandeur en particulier¹²³ ». Le décideur doit « soupeser *toutes* les considérations humanitaires pertinentes »¹²⁴ au moyen de cet attribut, soit le seul

¹²¹ *Kanthasamy CAF*, préc., note 74, par. 99.

¹²² *Kanthasamy CSC*, préc., note 76, par. 32. Évidemment, il ne faut pas confondre le caractère équitable de la dispense et l'équité procédurale (*Dunsmuir*, préc., note 7, par. 79) : « L'équité procédurale est un fondement du droit administratif canadien moderne. Les décideurs publics sont tenus de faire preuve d'équité lorsqu'ils prennent des décisions touchant les droits, les privilèges ou les biens d'une personne. »

¹²³ *Kanthasamy CSC*, préc., note 76, par. 31.

¹²⁴ *Id.*, par. 33.

élément compris dans ces considérations. Dans l'affaire *Kanthasamy CSC*, la juge Abella écrit ceci :

[25] Ce qui *justifie* une dispense dépend évidemment des faits et du contexte du dossier, mais l'agent appelé à se prononcer sur l'existence de considérations d'ordre humanitaire doit véritablement examiner *tous* les faits et les facteurs pertinents portés à sa connaissance et leur accorder du poids (*Baker*, par. 74-75)¹²⁵.

Par conséquent, il est impératif pour le demandeur de la dispense de soumettre au décideur un dossier complet, documenté et, cela va sans dire, rigoureusement argumenté.

À la lumière de ce qui précède, nous avons presque l'impression, en définitive, de revenir à la question générale de notre recherche, soit « Quels sont les attributs de l'équité? » Il importe de le souligner, l'équité a pour objet le demandeur. Autrement dit, l'État canadien doit, sous réserve de l'intérêt public, se montrer *équitable* envers lui. Le fardeau de le prouver revient au demandeur, la dispense étant un privilège d'exception qui s'analyse restrictivement. Le demandeur pourra possiblement s'en libérer en présentant, suivant la prépondérance des probabilités, un dossier convaincant selon les « normes canadiennes d'équité », en faisant appel, pour paraphraser à nouveau les paroles du ministre Munro, aux sentiments d'humanité et de compassion du décideur¹²⁶.

À ce jour, ces normes demeurent indéfinies, ce qui rend, dans certains cas, la situation particulièrement difficile pour les principaux acteurs engagés dans ce type de dossier. Le législateur devrait-il intervenir en adoptant une liste exhaustive des considérations d'ordre humanitaire? Sérieuse et difficile, cette question relève de la sphère politique et le fardeau d'y répondre ne devrait pas, en l'absence de précisions, revenir aux tribunaux. Et il ne devrait certainement pas être question, comme nous l'avons constaté, d'invoquer les lignes directrices en vue de restreindre la portée de ces

¹²⁵ *Id.*, par. 25.

¹²⁶ Voir CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 27^e légis., 20 février 1967, p. 13267 (M. John Munro).

motifs, portée qui, pour le moment, force pour ainsi dire l'infini à s'incliner devant l'étendue opaque de l'ordre humanitaire canadien.



Jardinage cannabique et fédéralisme : la question du partage des compétences appliquée à l'autorisation de cultiver du cannabis à domicile

par Emmanuelle LÉONARD-DUFOUR*

Depuis la légalisation du cannabis en octobre 2018, une importante question demeure sans réponse claire : qui, des provinces ou du gouvernement fédéral, peut valablement autoriser la culture de cannabis à domicile? Le Parlement fédéral a de nombreuses fois affirmé que la culture à domicile touchait au cœur de sa compétence en matière criminelle et que la permission de la culture personnelle était essentielle pour contrer le marché illégal de la substance. Le Québec et le Manitoba ont toutefois interdit cette pratique, jugeant que leur compétence en matière privée leur permettait de légiférer ainsi. Depuis, cette question demeure sans réponse claire, et les citoyens se tournent vers les tribunaux pour trancher cette épineuse question. C'est donc sur le débat de la permission de la culture de cannabis à domicile, touchant au cœur du partage des compétences et du fédéralisme, que portera le présent article.

Since the legalization of cannabis in October 2018, an important question remains unclear: who, between the provinces and the federal government, can authorize the growing of cannabis at home? While Federal Parliament has repeatedly stated that allowing home culture was at the heart of its criminal jurisdiction and that allowing it was essential to counteract the illegal market of this substance. Quebec and Manitoba, however, prohibited personal cultivation, being of the opinion that their power over private matters allowed them to legislate in that respect. Since then, this question remains unclear and citizens themselves are turning to the courts to settle this issue. This article will analyze this matter, going to the very heart of the division of powers and federalism.

* M^e Léonard-Dufour est une avocate membre du Barreau de l'Ontario depuis 2016. Détentrice d'une licence en droit civil, d'un diplôme de common law et d'une maîtrise en droit constitutionnel, elle se passionne des questions de droit constitutionnel, de droits linguistiques et de droits fondamentaux. Elle a également complété une cléricature à la Cour fédérale auprès de l'honorable juge Denis Gascon au cours de l'année 2016-2017.



Sommaire

Introduction.....177

1. Culture du cannabis à domicile et partage des compétences : les allégations du Parlement fédéral, du Québec et du Manitoba180

1.1 Allégations du fédéral sur sa compétence en matière criminelle et l'autorisation de cultiver du cannabis à domicile.....181

1.2 Allégations du Québec et du Manitoba sur leur capacité d'interdire la culture du cannabis à domicile.....185

2. Analyse de la compétence fédérale en matière criminelle appliquée à l'autorisation de cultiver du cannabis à domicile187

3. Constitutionnalité des dispositions de la Loi fédérale touchant la culture du cannabis à domicile191

Conclusion194



Introduction

Depuis le 17 octobre 2018, l'odeur du cannabis parfume l'air du Canada et ses habitants peuvent planer en toute légalité. Au cours de cette journée historique, le Canada est devenu le deuxième pays du monde à légaliser et à réglementer le cannabis à des fins récréatives¹. Le premier ministre Justin Trudeau en avait fait la promesse lors des élections de 2015, en exprimant l'avis que les montants consacrés à la criminalisation de la marijuana constituaient des « dépenses inutiles² ». Il faut dire que les discussions sur la pertinence de la criminalisation du cannabis duraient déjà depuis des années.

La marijuana s'est initialement trouvée interdite en 1923, sans que les motifs de son interdiction aient été réellement débattus et discutés³. En

¹ L'Uruguay est le premier pays ayant légalisé le cannabis récréatif en 2014. Toutefois, certains États américains l'avaient fait auparavant, soit Washington (2012) et le Colorado (2012). Voir OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME, *Rapport mondial sur les drogues*, Vienne, 2014, p. 96, en ligne : <http://www.unodc.org/documents/wdr2014/WDR_2014_French.pdf>; Ryan B. STOA, « Comparative Cannabis: Approaches to Marijuana Agriculture Regulation in the United States and Canada », (2017) 49-1 *McGeorge Law Review* 89.

² RADIO-CANADA, « Trudeau fera de la légalisation de la marijuana un élément de sa plateforme électorale », 21 août 2013, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/628551/trudeau-cannabis-programme>>. La légalisation de la marijuana a également été mentionnée pendant le discours du trône : CANADA, *Réaliser le vrai changement – Discours du trône ouvrant la première session de la quarante-deuxième législature du Canada*, 2015, p. 7, en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/pco-bcp/documents/pm/discours_du_trone.pdf>.

³ La marijuana est devenue illégale au Canada dans le contexte d'une modification à la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques*, S.C. 1923, c. 22. On remarque dans les Débats de la Chambre des communes au moment de cette modification qu'aucun débat n'a eu lieu sur cette question. Voir CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 14^e légis., 23 avril 1923, volume 3, p. 2124 (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, par. 293 (dissident, mais pas sur ce point)). La Cour suprême mentionne que la marijuana a été criminalisée dans des circonstances nébuleuses, dans un climat où régnait des craintes irrationnelles où l'on « prétendait que la marijuana faisait perdre la raison [...] et que ses adeptes devenaient des maniaques capables de tuer ». Voir aussi Marie-Andrée BERTRAND, « Le statut pénal du cannabis au Canada », (2004) 2-2 *Drogues, santé et société*,

1961, la criminalisation du cannabis s'est renforcée, la *Loi sur les stupéfiants*⁴ le frappant alors d'une prohibition totale et en interdisant la possession⁵. Par la suite, on a cependant observé, à l'égard de cette substance, une tolérance croissante accompagnée d'efforts en vue de la décriminaliser pour, enfin, la légaliser. Dès les années 70, la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales (ci-après « commission Le Dain ») soutenait que les motifs invoqués pour interdire le cannabis étaient sans fondement et qu'il serait de beaucoup préférable d'en décriminaliser ou même d'en légaliser la possession⁶. En 2002, le Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites a recommandé la légalisation de cette substance⁷. En 2003, la Cour suprême a rendu une décision partagée sur la question de la criminalisation du cannabis dans la cause *R. c. Malmo-Levine*⁸, les juges dissidents affirmant notamment que « [l]es effets préjudiciables du recours au droit criminel pour sanctionner le simple usage de la marijuana dépassent de loin les bienfaits de la prohibition⁹ ».

Finalement, après des années de débat sur le sujet, le projet de loi du gouvernement de Justin Trudeau visant à légaliser le cannabis et à en régir

à la p. 4, qui précise que l'ajout du cannabis à la *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques* reposait simplement sur « une série de préjugés véhiculés dans la presse américaine ».

⁴ *Loi sur les stupéfiants*, S.C. 1960-61, c. 35. Cette loi a été remplacée en 1996 par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19.

⁵ M.-A. BERTRAND, préc., note 3, 4; R.B. STOA, préc., note 1, 98.

⁶ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'USAGE DES DROGUES À DES FINS NON MÉDICALES, *Le cannabis : rapport de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales*, Ottawa, Information Canada, 1972; R.B. STOA, préc., note 1, 99.

⁷ COMITÉ SPÉCIAL DU SÉNAT SUR LES DROGUES ILLICITES, *Le cannabis : positions pour un régime de politique publique pour le Canada, rapport du Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites*, Ottawa, Sénat du Canada, 2002; COMITÉ SPÉCIAL DU SÉNAT SUR LES DROGUES ILLICITES, *Le cannabis – Rapport du Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites – Version abrégée*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2003, cité dans M.-A. BERTRAND, préc., note 3, 3.

⁸ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 3.

⁹ *Id.*, par. 301: la juge Deschamps se rallie également au juge LeBel au paragraphe 280 en affirmant que le préjudice causé par la consommation est de peu d'importance, mais que « le préjudice et les problèmes associés à la forme de criminalisation retenue par le législateur paraissent clairs et importants ».

l'usage a été déposé le 13 avril 2017 et a reçu la sanction royale le 21 juin 2018¹⁰.

La *Loi sur le cannabis*¹¹, entrée en vigueur le 17 octobre 2018¹², est très complète et englobe un large éventail d'aspects liés au cannabis. Elle y permet un accès légal, bien sûr, et en régit également la production, la distribution et la vente¹³. Dans le projet de loi, on indiquait que celui-ci comportait plusieurs objectifs, notamment les suivants : protéger la santé, renforcer la sécurité publique, décourager les activités criminelles et alléger le fonctionnement de la justice pénale relativement au cannabis¹⁴.

La *Loi sur le cannabis* comporte aussi des dispositions sur la culture des plants de cannabis à domicile. En effet, elle interdit aux personnes de 18 ans ou plus de cultiver et de posséder plus de quatre plants de cannabis licite dans la maison qu'elles habitent¹⁵. En désaccord au sujet de la culture à domicile, le Québec¹⁶ et le Manitoba¹⁷, quant à eux, ont interdit la culture de la marijuana pour utilisation personnelle. Cependant, comme nous le démontrerons plus loin, le Parlement affirme que sa loi ne fait pas qu'*interdire* la culture de plus de quatre plants. Elle *autoriserait* plutôt la culture à domicile jusqu'à quatre plants. Qui plus est, des parlementaires ont soutenu que le fait de permettre ce type de culture relevait bel et bien de la compétence fédérale en matière criminelle.

¹⁰ CANADA, *Débats du Sénat*, 1^{re} sess., 42^e légis., 21 juin 2018, 9h40.

¹¹ *Loi sur le cannabis*, L.C. 2018, c. 16.

¹² *Décret fixant au 17 octobre 2018 la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi*, TR/2018-52 (Gaz. Can. II).

¹³ *Loi concernant le cannabis et modifiant la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, le Code criminel et d'autres lois*, projet de loi n^o C-45 (sanctionné – 21 juin 2018), 1^{re} sess., 42^e légis. (Can.), au sommaire.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Loi sur le cannabis*, préc., note 11, art. 8 (1) e) et 12 (4) b), (5), (6) et (7).

¹⁶ Au Québec, la culture s'est trouvée interdite par l'application de l'article 10 de la *Loi encadrant le cannabis*, RLRQ, c. C-5.3 : cette disposition prévoit qu'« [i]l est interdit de faire la culture de cannabis à des fins personnelles » et que « [cela] s'applique notamment à la plantation des graines et des plantes, la reproduction des plantes par boutures, la culture des plantes et la récolte de leur production ».

¹⁷ Le Manitoba prévoit à l'article 101.15 de la *Loi sur la réglementation des alcools, des jeux et du cannabis*, C.P.L.M., c. L153, qu'« il est interdit de cultiver du cannabis à sa résidence ».

Depuis, un important débat a lieu, et la question suivante demeure sans réponse claire : qui, du provincial ou du fédéral, a la compétence voulue pour légiférer sur l'épineuse question du jardinage cannabique personnel? La question risque fort d'être posée aux plus hautes instances. Déjà, un Québécois qui s'intéresse à la fameuse drogue douce et qui est désireux d'exercer ses aptitudes botaniques en a saisi les tribunaux québécois¹⁸.

Plusieurs réponses devront être apportées de façon claire. Le Parlement peut-il valablement, tout en respectant le partage des compétences, permettre la culture de plants de cannabis à domicile? Ou alors s'ingérerait-il dans un champ de compétence réservé aux provinces? En cas de litige sur cette question, la doctrine de la prépondérance fédérale s'appliquerait-elle? C'est de ces sujets que nous traiterons dans le présent article.

Tout d'abord, nous examinerons le partage constitutionnel des pouvoirs législatifs à la lumière des arguments donnés par chaque ordre de gouvernement pour justifier sa compétence alléguée en matière de culture du cannabis à domicile. Nous analyserons ensuite la compétence en matière fédérale du Parlement afin de déterminer si celle-ci lui permet d'autoriser la culture à domicile. Enfin, nous étudierons les lois en vigueur en vue d'établir si celles-ci respectent le partage des compétences ou si la loi du fédéral ou de l'une ou l'autre des provinces pourrait être reconnue inconstitutionnelle ou inopérante.

1. Culture du cannabis à domicile et partage des compétences : les allégations du Parlement fédéral, du Québec et du Manitoba

La *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁹ énonce aux articles 91 et 92 les pouvoirs attribués au Parlement fédéral ainsi qu'aux législatures provinciales. Cette division du pouvoir caractérise le fédéralisme, régime qui reconnaît « l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour

¹⁸ Voir l'affaire *Murray Hall c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCS 3664. La décision de première instance a été rendue le 3 septembre 2019.

¹⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n°5.

assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence²⁰ ». Tous les gouvernements qui le composent sont égaux, et chacun agit de façon indépendante dans ses champs de compétence²¹.

Bien que les pouvoirs énoncés aux articles 91 et 92 soient exclusifs à un ordre de gouvernement ou à un autre, le principe du fédéralisme doit s'interpréter à travers la lorgnette moderne du fédéralisme coopératif, qui encourage la créativité constitutionnelle et la collaboration entre les législatures provinciales et le Parlement, tout en permettant certains chevauchements²². L'analyse faite sous l'angle du fédéralisme coopératif ne doit évidemment pas servir à outrepasser le partage des compétences ni à modifier les pouvoirs de l'un ou de l'autre²³.

Avant de déterminer le palier de gouvernement qui peut habiliter les Canadiens et les Canadiennes à cultiver leurs plants de chanvre à domicile, il importe de bien saisir par quels pouvoirs exclusifs le Parlement fédéral et les provinces prétendent agir en interdisant ou en avalisant une telle pratique.

1.1 Allégations du fédéral sur sa compétence en matière criminelle et l'autorisation de cultiver du cannabis à domicile

Les pouvoirs du Parlement sont édictés à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le pouvoir habilitant à légaliser le cannabis provient

²⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 58, cité dans l'affaire *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, par. 78.

²¹ John D. RICHARD, « Federalism in Canada », (2005) 44 *Duq. L. Rev.* 5, 6; Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 413 et 414.

²² *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, par. 18 et 19; *R. c. Comeau*, préc., note 20, par. 87.

²³ *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, préc., note 22, par. 18; *Rogers Communications inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, par. 39 (fait référence au paragraphe 62 du *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, préc., note 22); *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 au par. 62.

indubitablement de la compétence en matière criminelle²⁴, qui est entièrement dévolue au Parlement. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a parfaitement élucidé cette question de la façon suivante dans la cause *R. c. Malmo-Levine* en 2003, où l'on prétendait que la criminalisation de la possession simple de marijuana était contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés* :

Nous arrivons à la conclusion que le Parlement a le pouvoir de légiférer pour criminaliser la possession de marijuana s'il juge opportun de le faire. De même, il lui est loisible de décriminaliser ou de modifier de quelque autre façon tout aspect des dispositions régissant la marijuana, s'il ne considère plus que les mesures en question constituent une bonne politique d'intérêt général²⁵.

Il est donc clair que le Parlement est en droit de criminaliser, de décriminaliser ou de légaliser ce qu'il juge approprié, et qu'il peut sans contredit légaliser l'usage et la culture du cannabis. Cependant, peut-il autoriser chacun à s'approvisionner en cannabis par l'intermédiaire d'une culture à domicile? Le Parlement peut-il à lui seul accorder le droit aux citoyens de produire jusqu'à quatre plants de cannabis dans leur maison? Cela relève-t-il du pouvoir de légiférer en matière criminelle? Le gouvernement de Justin Trudeau répond à ces questions par l'affirmative.

Lors de l'analyse du projet de loi par le Sénat, ce dernier a proposé, parmi ses 46 modifications, d'indiquer que les dispositions de la *Loi sur le cannabis* portant sur la culture à domicile n'interdisaient pas aux provinces de prohiber cette pratique²⁶. Cette proposition a toutefois été rejetée par le

²⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 19, art. 91 (27) : « La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle ».

²⁵ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 3, par. 5.

²⁶ Le rapport du comité du Sénat, déposé le 30 mai 2018, proposait effectivement l'ajout de cette disposition à la loi : « 5.2 Il est entendu que la présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application de toute disposition législative provinciale qui restreint davantage ou qui interdit la culture, la multiplication ou la récolte de plantes de cannabis dans une maison d'habitation. » CANADA, SÉNAT, *Projet de loi C-45, Loi concernant le cannabis et modifiant la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, le Code criminel et d'autres lois, avec des*

Parlement, au motif que de permettre la culture à des fins personnelles était « essentiel [...] afin de soutenir l'objectif du gouvernement de déplacer le marché illégal²⁷ ».

En conférence de presse, le premier ministre Justin Trudeau a expliqué que « [la] décision de permettre la culture d'un nombre limité de plants de marijuana à domicile » a pour objet en fait de « créer un système qui va remplacer les éléments criminels qui font des profits avec cette vente de marijuana »²⁸. Il a déclaré également que sa loi est « la bonne, et [que] c'est celle-ci qu'on va s'attendre à ce que les gens suivent²⁹ », jugeant que les législatures provinciales ne respectent pas leurs champs de compétence lorsqu'elles tentent de restreindre les règles en matière de culture de la marijuana à domicile.

C'est donc par souci de nuire aux organisations criminelles et de prévenir la formation d'un marché noir que le premier ministre justifie son intervention, restant ainsi, selon lui, dans son champ de compétence en matière criminelle.

Cette position a été étayée davantage lors des travaux parlementaires. Le gouvernement libéral a alors expliqué qu'en « *permettant* aux gens de faire pousser un petit nombre de plants pour usage personnel », il aiderait à « prévenir la criminalisation inutile de citoyens »³⁰. Ainsi déplacerait-on le marché illégal et cesserait-on d'appuyer « les criminels et le

amendements et des observations, Rapport du Comité des affaires sociales, des sciences et de la technologie, 1^{re} sess., 42^e légis., mai 2018, en ligne : <<https://sencanada.ca/fr/comites/rapport/58666/42-1>>; CANADA, *Débats du Sénat*, 1^{re} sess., 42^e légis., 30 mai 2018, 14h10.

²⁷ CANADA, SÉNAT, *Journaux du Sénat*, 1^{re} sess., 42^e légis., 18 juin 2018, p. 3699.

²⁸ Marie VASTEL, « Trudeau tient aux quatre plants de marijuana à domicile », *Le Devoir*, 4 mai 2018 (<https://www.ledouvoir.com/politique/canada/526835/la-culture-de-cannabis-a-domicile-devra-etre-permise>).

²⁹ Mélanie MARQUIS, « Culture de cannabis à domicile : Trudeau défend l'approche d'Ottawa », *L'actualité*, 4 mai 2018 (<https://lactualite.com/actualites/culture-de-cannabis-a-domicile-trudeau-defend-lapproche-dottawa/>).

³⁰ CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 42^e légis., 13 juin 2018, p. 20875 (Ginette Petitpas Taylor, au nom de la ministre de la justice) (ci-après « *Débats de la Chambre des communes* (13 juin 2018) ») (mes italiques).

crime organisé³¹ ». Finalement, le gouvernement jugeait que de limiter à quatre le nombre de plants permettrait une culture raisonnable pour un usage personnel, tout en écartant la production à grande échelle³².

Le Parlement reconnaît que les législatures provinciales pourraient bien décider de limiter la culture du cannabis, notamment en n'autorisant qu'un seul plant au lieu de quatre, ou encore en imposant de mettre les plants sous clé³³. Néanmoins, il est également d'avis que les provinces ne pourraient pas interdire complètement cette culture³⁴.

Si la *Loi sur le cannabis* interdit à quiconque de posséder plus de quatre plants dans sa maison, le Parlement semble plutôt l'interpréter comme donnant le droit positif aux individus de faire pousser leurs propres plants de cannabis, car l'octroi de ce privilège serait essentiel à l'atteinte des objectifs de cette loi³⁵. La permission donnée aux citoyens de cultiver

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *Id.*, p. 20876 et 20932; CANADA, *Débats du Sénat*, 1^{re} sess., 42^e légis., 18 juin 2018, p. 6130 (Peter Harder) (ci-après « *Débats du Sénat* (18 juin 2018) »); CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 1^{re} sess., 42^e légis., fascicule n° 39, 28 mars 2018 (Jody Wilson-Raybould) (ci-après « *Délibérations du Comité sénatorial*, Jody Wilson-Raybould (28 mars 2018) »).

³⁴ *Débats du Sénat* (18 juin 2018), p. 6107. Le message envoyé au Sénat indique qu'« il est essentiel que la culture personnelle soit permise afin de soutenir l'objectif du gouvernement de déplacer le marché illégal ».

³⁵ *Délibérations du Comité sénatorial*, Jody Wilson-Raybould (28 mars 2018). La ministre de la Justice et Procureure générale du Canada précise que le projet de loi n° C-45 a pour objectif « de prévoir la production licite de cannabis afin de décourager les activités illicites » et que, « [p]our atteindre cet objectif, il faut notamment permettre la culture d'un maximum de quatre plants par habitation ». Voir aussi GOUVERNEMENT DU CANADA, *Legislative Background: An Act Respecting Cannabis and to Amend the Controlled Drugs and Substances Act, the Criminal Code and other Acts (Bill C-45)*, mai 2017, p. 20, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2017/jus/J2-450-2017-eng.pdf> :

The proposed legislation seeks to achieve these objectives, in part, by permitting personal cultivation of no more than four plants. A lower plant limit may be set in provincial legislation that is consistent with the federal objectives and allows for dual compliance with both provincial and federal limits, however a complete provincial prohibition on

leur propre marijuana tirerait donc sa source, selon le Parlement, de sa compétence en matière criminelle, car l'objectif de ce droit serait de lutter contre le marché noir et même de l'éliminer.

1.2 Allégations du Québec et du Manitoba sur leur capacité d'interdire la culture du cannabis à domicile

Selon l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures provinciales ont également des champs de compétence exclusifs qui leur permettent de réglementer la vente, la culture et l'usage de cannabis. C'est notamment le cas de leur compétence servant à régir « la propriété et les droits civils dans la province³⁶ », ainsi que « toutes les matières d'une nature purement locale ou privée³⁷ ». Ces compétences énoncées à l'article 92 permettent aux législatures provinciales de légiférer en matière de santé³⁸, de réglementation du commerce local³⁹ et, plus largement, sur tous les sujets de droit privé⁴⁰. En conséquence, c'est aux provinces que revient la responsabilité de réglementer bon nombre d'aspects de la vente et de la production du cannabis. Le Parlement reconnaît d'ailleurs que les provinces peuvent valablement augmenter l'âge minimal pour posséder du cannabis, ajouter des restrictions à sa possession ou à sa culture, imposer des règles aux entreprises de cannabis ou encore délimiter les lieux où le cannabis peut être consommé⁴¹. De plus, c'est aux provinces de déterminer le mode de vente et la chaîne de distribution du cannabis aux particuliers⁴². Ces points ne provoquent pas de débat, et c'est sur la seule question de la culture du cannabis à domicile que porte la polémique.

personal cultivation could be seen as frustrating the federal objective and thus be deemed inoperable.

³⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 19, art. 92 (13).

³⁷ *Id.*, art. 92 (16).

³⁸ *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, par. 49; *Canada (Procureur Général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, par. 66; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 263-264.

³⁹ *R. c. Comeau*, préc., note 20, par. 72; *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur Général)*, 2005 CSC 10, par. 1.

⁴⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, préc., note 38, par. 262; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 21, p. 496.

⁴¹ GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 35, p. 34.

⁴² *Id.*

Certaines provinces s'opposent vivement à la prétention du Parlement selon laquelle ses compétences lui permettent d'*autoriser* la culture de plants à domicile. Si elles ne contestent nullement que le Parlement soit en droit de *criminaliser* la culture de cinq plants ou plus en vertu de sa compétence en matière criminelle, *permettre* une telle culture se trouve, selon le Manitoba et le Québec, au cœur même de leur compétence. Ces législatures soutiennent qu'il leur revient de légiférer en ce domaine, comme dans les autres énumérés ci-dessus.

Au Québec, les affirmations des représentants fédéraux selon lesquelles le Parlement peut légitimement permettre la culture du cannabis à domicile ont provoqué un tollé. Jean-Marc Fournier, qui était alors ministre responsable des Relations canadiennes et de la Francophonie canadienne, a affirmé que la capacité d'autoriser la culture à domicile, une fois le cannabis légalisé, reviendrait aux provinces⁴³. En l'espèce, le Québec a interdit la culture à domicile afin de « limiter l'accessibilité et [d']éviter la banalisation du cannabis [chez] les mineurs et [chez] les jeunes », ainsi que pour « limiter le marché illicite du cannabis et éviter que soit constituée une chaîne de producteurs personnels »⁴⁴. Le ministre Fournier a également affirmé que les prétentions du fédéral sur la culture à domicile constituaient un « manque de respect » envers les provinces et leurs champs de compétence⁴⁵.

Le Manitoba, pour sa part, a appuyé les propos du Québec⁴⁶ et a choisi de proscrire la culture du cannabis à domicile pour les mêmes raisons.

⁴³ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 1^{re} sess., 41^e légis., 2 mai 2018, 17h10 (Jean-Marc Fournier).

⁴⁴ CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 1^{re} sess., 42^e légis., fascicule n° 41, 25 avril 2018 (Jean-Marc Fournier) (ci-après « *Délibérations du Comité sénatorial*, Jean-Marc Fournier (25 avril 2018) »).

⁴⁵ Maxime HUARD, « Culture du cannabis : l'intransigeance de Trudeau dénoncée de toutes parts », *Le Journal de Montréal*, 13 juin 2018, en ligne : <<https://www.journaldemontreal.com/2018/06/13/pot-le-gouvernement-trudeau-inflexible-sur-la-culture-a-domicile>>.

⁴⁶ Denis-Michel THIBEAULT, « Légalisation du cannabis : le Manitoba appuie les contestations du Québec », *Radio-Canada*, 27 avril 2018, en ligne :

En effet, les décideurs manitobains ont jugé que l'interdiction de cultiver la marijuana était la meilleure façon de s'assurer que les jeunes n'y aient pas accès, tout en empêchant le cannabis ainsi cultivé d'alimenter le marché noir⁴⁷.

Deux provinces contestent donc actuellement la position du Parlement et s'opposent à la culture cannabique à domicile, arguant que cette question est au cœur de leur champ de compétence.

2. Analyse de la compétence fédérale en matière criminelle appliquée à l'autorisation de cultiver du cannabis à domicile

Considérant les positions respectives du Parlement et des législatures provinciales, chaque ordre de gouvernement argumentant que le fait de permettre ou d'interdire la culture du cannabis à domicile entre dans son champ de compétence exclusif, la question suivante se pose : qui, du fédéral ou des provinces, est en droit d'*autoriser* la culture cannabique à domicile?

Cette question fait déjà l'objet d'un débat dans la communauté juridique. Certains avocats et constitutionnalistes se sont prononcés publiquement, soutenant que le Parlement peut légaliser le cannabis, mais ne peut s'immiscer dans les affaires provinciales en permettant la culture à domicile⁴⁸.

D'autres ont ouvertement pris la position inverse, soutenant que le Parlement agit selon sa compétence en matière criminelle en permettant la culture du cannabis à domicile pour contrer le marché noir et que la théorie

<<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1097808/legalisation-cannabis-manitoba-appuie-contestation-quebec>>.

⁴⁷ MANITOBA, ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, *Debates and Proceedings*, 3^e sess., 41^e légis., 7 décembre 2017, p. 444 (Heather Stefanson) (ci-après « MANITOBA, *Debates and Proceedings* (7 décembre 2017) »).

⁴⁸ C'est notamment le cas du constitutionnaliste Patrick Taillon, de l'Université Laval. Voir aussi M. VASTEL, préc., note 28.

de la prépondérance fédérale mènera à l'application de la loi fédérale au détriment de la loi provinciale⁴⁹.

Même si le gouvernement fédéral a déjà déclaré qu'il ne contesterait pas les lois provinciales interdisant la culture du cannabis à domicile⁵⁰, le débat était lancé, et ce n'était qu'une question de temps avant que les tribunaux soient saisis de cette question.

L'ex-ministre Fournier a d'ailleurs accusé l'ex-ministre Wilson-Raybould d'encourager les contestations citoyennes⁵¹ lorsqu'elle a affirmé devant le Comité du Sénat qu'une « personne vivant dans un secteur de compétence où la loi interdit la culture à domicile pourrait contester cette loi » et que, s'il y avait conflit, la loi fédérale prévaudrait⁵². Peu importe, un tel litige devait rapidement survenir, étant donné que le Parlement prétendait que sa loi donnait un droit positif à la production cannabique à domicile.

Pour trancher la question de savoir si les Manitobains et les Québécois peuvent cultiver eux-mêmes leur drogue douce, il faut d'abord déterminer si l'objet d'une permission de cultiver relève de la compétence fédérale en matière criminelle. La réponse est non.

Il ne fait aucun doute que le Parlement peut légaliser la vente et la possession de cannabis s'il juge que cela est opportun, ce qui relève de sa

⁴⁹ C'est notamment le cas du constitutionnaliste Stéphane Beaulac, de l'Université de Montréal. Voir aussi M. VASTEL, préc., note 28.

⁵⁰ *Délibérations du Comité sénatorial*, Jody Wilson-Raybould (28 mars 2018) : « Le gouvernement fédéral n'a pas l'intention, en ce qui concerne la culture à domicile, de contester les lois provinciales. »

⁵¹ *Délibérations du Comité sénatorial*, Jean-Marc Fournier (25 avril 2018) : [L]es propos de la ministre fédérale qui encouragent d'éventuelles contestations de la loi provinciale deviennent problématiques. Il y a clairement un gouvernement qui dit aux citoyens qu'il se range de leur côté pour contester la loi de la province. À notre avis, cette déclaration est malheureuse, en plus d'être mal fondée en faits et en droit. Elle encourage des contestations. C'est tout le contraire de ce qu'on pourrait appeler le fédéralisme coopératif.

⁵² *Délibérations du Comité sénatorial*, Jody Wilson-Raybould (28 mars 2018).

compétence en matière criminelle⁵³. Néanmoins, cette compétence n'inclut pas l'autorisation de cultiver à domicile sa propre marijuana en vue de lutter contre la criminalité et le marché noir.

Pour relever de la compétence fédérale en matière criminelle, une loi ou une disposition doit inclure trois éléments : un objet valide de droit criminel, une interdiction et une sanction⁵⁴. En l'espèce, une *autorisation* de cultiver jusqu'à quatre plants de cannabis ne répondrait à aucun de ces critères.

La compétence en matière criminelle, comme ces critères l'indiquent, permet au Parlement de criminaliser des comportements quand il le juge nécessaire pour des motifs de paix publique, d'ordre, de sécurité, de santé ou de moralité⁵⁵. La disposition doit avoir pour objet d'éradiquer un mal qui risque de produire, chez le public, un effet nuisible ou indésirable⁵⁶. Cependant, le fait de permettre la cannabis culture à domicile ne saurait reposer sur un motif valable, car aucun mal clairement identifiable ne serait visé par une telle mesure. En effet, bien que l'objectif d'éradiquer le marché noir du cannabis ait été ciblé pour justifier la culture à domicile⁵⁷, le Québec et le Manitoba affirment plutôt que c'est en interdisant cette culture que l'on atteindra l'objectif⁵⁸. L'assertion du fédéral au sujet du mal véritable visé semble donc peu plausible, à peine étayée, et elle fait l'objet de contestations. Le rapport du Comité du Sénat des affaires juridiques et

⁵³ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 3, par. 5.

⁵⁴ *Id.*, par. 74; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can)*, 2000 CSC 31, par. 27.

⁵⁵ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 3, par. 74; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can)*, préc., note 54, par. 31; *Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, p. 50 (ci-après « *Renvoi sur la margarine* »).

⁵⁶ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 3, par. 73; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, préc., note 38, par. 56; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 28; *Renvoi sur la margarine*, préc., note 55, 49.

⁵⁷ *Débats de la Chambre des communes* (13 juin 2018), p. 20875; *Débats du Sénat* (18 juin 2018), p. 6107; *Délibérations du Comité sénatorial*, Jody Wilson-Raybould (28 mars 2018).

⁵⁸ MANITOBA, *Debates and Proceedings* (7 décembre 2017), p. 444; *Délibérations du Comité sénatorial*, Jean-Marc Fournier (25 avril 2018).

constitutionnelles a également souligné cette dissonance : « Si le gouvernement fédéral considère que la culture à domicile sera utile aux utilisateurs et qu'elle découragera le marché illicite, certains témoins ont indiqué que, au contraire, le cannabis produit à la maison sera en fin de compte distribué à l'extérieur du régime légal⁵⁹. » Bref, si l'objectif de lutter contre la criminalité et le marché noir est justifiable en droit criminel, il reste douteux et hypothétique d'affirmer que d'autoriser la culture à domicile permettra réellement d'atteindre cette noble fin.

Par ailleurs, le pouvoir du Parlement en matière criminelle est de créer des interdictions et de les assortir de sanctions pénales, ce qui constitue les deux critères d'analyse subséquents. Or, ces critères ne s'appliquent pas dans le contexte d'une *permission* de cultiver la marijuana.

En effet, le pouvoir en matière criminelle ne peut servir à « créer des droits autonomes qui limitent la capacité des provinces de légiférer plus rigoureusement dans le domaine que le Parlement⁶⁰ ». Ainsi, la compétence en matière criminelle permet d'interdire certains comportements, mais n'habilite pas à accorder des droits positifs aux individus⁶¹. Autrement dit, ce qui n'est pas illégal ne sera pas pour autant permis par les lois provinciales, pourvu que la province agisse dans ses champs de compétence⁶². Bien qu'elle soit vaste, la compétence en matière criminelle ne permet donc pas au Parlement de s'immiscer dans les matières purement provinciales et ainsi d'usurper des pouvoirs qui ne lui reviennent pas⁶³.

Si, compte tenu de ce qui précède, le Parlement ne peut légitimement *autoriser* la cannabiculture à domicile, notons toutefois que l'*interdiction* de cultiver cinq plants ou plus entre tout à fait dans la compétence fédérale en matière criminelle.

⁵⁹ CANADA, SÉNAT, *Le projet de loi C-45 et la loi sur le cannabis*, rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 1^{re} sess., 42^e légis., mai 2018, p. 8.

⁶⁰ *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, par. 19.

⁶¹ *Id.*, par. 18.

⁶² Voir notamment l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463.

⁶³ *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can)*, préc., note 54, par. 30.

Une telle interdiction cadre parfaitement avec les objectifs de la *Loi sur le cannabis*, par lesquels on vise notamment à restreindre l'accès des jeunes au cannabis ainsi qu'à protéger la santé et la sécurité publiques⁶⁴. Ces justifications sont des motifs d'intervention reconnus en matière criminelle⁶⁵. Dans la cause *R. c. Malmo-Levine*, la Cour suprême a d'ailleurs conclu que la réglementation d'une drogue comme le cannabis « soulève manifestement des questions de santé et de sécurité publiques » qui justifient l'intervention du Parlement en matière criminelle⁶⁶. Lorsque cette interdiction est assortie d'une sanction, comme c'est le cas dans la *Loi sur le cannabis*, les trois critères sont remplis.

3. Constitutionnalité des dispositions de la Loi fédérale touchant la culture du cannabis à domicile

La compétence du Parlement en matière criminelle ne lui permet pas d'autoriser la culture du cannabis à domicile, mais il peut imposer des sanctions criminelles aux jardiniers amateurs qui oseraient tenter la culture de cinq plants ou plus. Contrairement à ce que le gouvernement a prétendu à plusieurs reprises, la *Loi sur le cannabis* n'autorise pas la culture à domicile. Elle se maintient donc dans les limites de la compétence du Parlement. Une analyse des dispositions de cette loi permet de conclure qu'elle n'est pas aussi permissive que ce que prétendent les représentants du gouvernement.

Les dispositions de la *Loi sur le cannabis* portant sur la culture à domicile sont les suivantes :

Activités criminelles

Possession

8 (1) Sauf autorisation prévue sous le régime de la présente loi :
[...]

⁶⁴ Voir *supra*, note 13.

⁶⁵ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 3, par. 74; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can)*, préc., note 54, par. 30; *Renvoi sur la margarine*, préc., note 55, 50.

⁶⁶ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 3, par. 77.

e) il est interdit à tout individu d'avoir en sa possession plus de quatre plantes de cannabis qui sont ni en train de bourgeonner ni en train de fleurir;

[...]

Culture, multiplication ou récolte — individu âgé de dix-huit ans ou plus

12 (4) Sauf autorisation prévue sous le régime de la présente loi, il est interdit à tout individu âgé de dix-huit ans ou plus de se livrer aux activités suivantes :

a) cultiver, multiplier ou récolter toute plante de cannabis provenant d'une graine ou d'une matière végétale qu'il sait être du cannabis illicite, ou offrir de le faire;

b) cultiver, multiplier ou récolter plus de quatre plantes de cannabis au même moment dans sa maison d'habitation, ou offrir de le faire.

Culture, multiplication ou récolte — limite par maison d'habitation

(5) Sauf autorisation prévue sous le régime de la présente loi, dans le cas d'une maison d'habitation où résident habituellement deux ou plusieurs individus âgés de dix-huit ans ou plus, il est interdit à l'un quelconque d'entre eux de cultiver, de multiplier ou de récolter des plantes de cannabis si cela a pour effet de porter à plus de quatre le nombre de plantes de cannabis qui y sont cultivées, multipliées ou récoltées en même temps.

[...]

Culture, multiplication ou récolte — jeune ou organisation

(7) Sauf autorisation prévue sous le régime de la présente loi, il est interdit à tout jeune ou à toute organisation de cultiver, de multiplier ou de récolter toute plante de cannabis ou tout autre organisme vivant dont le cannabis peut être extrait ou peut provenir de toute autre façon, ou d'offrir de le faire.

Des peines sont assorties à ces interdictions⁶⁷. Une analyse de ces dispositions permet aisément de conclure qu'elles ne cherchent pas à donner un droit positif aux Canadiens et aux Canadiennes de cultiver leur cannabis à domicile.

⁶⁷ *Loi sur le cannabis*, préc., note 11, art. 8 (2) et 12 (9).

En conséquence, il est parfaitement possible de respecter la *Loi sur le cannabis*, tout en suivant les lois québécoise et manitobaine en ne cultivant simplement pas de cannabis à son domicile. Cette théorie selon laquelle les lois provinciales interdisant la culture à domicile et la *Loi sur le cannabis* puissent être toutes constitutionnelles et simultanément applicables a d'ailleurs été présentée devant le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles avant l'adoption de ladite loi.

Parmi ceux qui soutiennent cette théorie, Mark D. Walters, professeur de droit public et constitutionnel à l'Université McGill, conclut à la constitutionnalité des lois provinciales et de la loi fédérale en matière de culture du cannabis⁶⁸. Nous nous dissociions cependant de son commentaire selon lequel on pourrait soutenir que le Manitoba et le Québec, en interdisant la culture domestique, nuiraient à un des objectifs de la *Loi sur le cannabis* qui est « de permettre la production licite de cannabis afin de limiter l'exercice d'activités illicites qui sont liées au cannabis⁶⁹ ». Deux raisons motivent notre décision. Tout d'abord, et comme nous l'avons indiqué précédemment, le fédéral n'a pas le pouvoir d'autoriser la culture à domicile. Celle-ci ne peut donc faire partie de l'objectif du Parlement en vue de permettre une « production licite ». De toute façon, pour ce dernier, s'ingérer ainsi dans la chaîne de production et de distribution du cannabis le ferait sortir, de façon indélégative, de son champ de compétence en matière criminelle. Ensuite, rien ne permet de croire que l'objectif du Parlement d'accepter une production licite doit nécessairement passer par une culture effectuée par chacun, à sa résidence. Le but de l'État relativement à une production licite afin de limiter les activités illicites peut tout à fait être atteint en ne permettant qu'aux entreprises autorisées par la province de produire et de vendre le cannabis à usage récréatif.

En conséquence, la doctrine de la prépondérance fédérale ne peut s'appliquer, celle-ci n'entrant en jeu que lorsqu'il y a « impossibilité de se

⁶⁸ Mark D. WALTERS, *Constitutionnalité des articles provinciaux proposés limitant la culture à domicile du cannabis après l'adoption du projet de loi C-45 par le Parlement*, mémoire présenté au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 28 mars 2018, p. 1, en ligne : <https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/Briefs/2018-03-29-LCJC_f.pdf>.

⁶⁹ *Loi sur le cannabis*, préc., note 11, art. 7c).

conformer aux deux textes » ou « lorsque la loi provinciale supprime la loi fédérale ou entrave la réalisation de son objet »⁷⁰, ce qui n'est de toute évidence pas le cas.

Les provinces peuvent valablement établir des lois plus restrictives que les lois fédérales⁷¹. Cette situation n'est pas pour autant considérée comme un conflit de lois. Bien que l'une soit plus restrictive que l'autre, il reste parfaitement possible de se conformer aux deux en respectant simplement la plus sévère.

Les provinces qui souhaitent proscrire la culture à domicile peuvent donc le faire en tout respect du partage des compétences. Néanmoins, elles ne peuvent interdire la culture du cannabis en ayant pour objectif de supplanter la volonté fédérale de le légaliser. Cette interdiction constituerait un « détournement de pouvoir » et une ingérence dans le champ de compétence fédéral⁷². Le problème ne se pose toutefois pas dans le présent contexte, car l'interdiction de culture à domicile se trouve, dans le cas du Manitoba et du Québec, à l'intérieur d'une vaste réglementation dont l'objet est de *permettre* aux citoyens de s'approvisionner légalement en cannabis.

Les lois provinciales interdisant la culture du cannabis à domicile ainsi que la loi fédérale sont donc applicables et constitutionnelles.

Conclusion

Malgré ce que le Parlement insinue, il n'a pas le pouvoir d'autoriser les Canadiennes et les Canadiens à apprendre l'art de cultiver le chanvre. Comme il le sait probablement trop bien, il s'est gardé d'offrir une telle

⁷⁰ *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, par. 65; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, par. 18; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, préc., note 60, par. 12; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, par. 73.

⁷¹ *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging*, 2015 CSC 53, par. 25; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 70, par. 100; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, préc., note 70, par. 22-24.

⁷² *R. c. Morgentaler*, préc., note 62, p. 496.

permission dans la *Loi sur le cannabis*, se limitant à son champ de compétence en interdisant la culture à domicile de cinq plants ou plus.

La *Loi sur le cannabis* ainsi que les lois du Manitoba et du Québec peuvent donc coexister sans qu'il y ait conflit à cet égard. En effet, il est tout à fait possible de respecter à la fois les lois provinciales et la loi fédérale. Elles ont toutes pour objet de permettre aux citoyens de s'approvisionner en cannabis de façon légale et sûre, et ce, en se souciant de protéger la santé publique.

Dans ces circonstances, il reste étonnant que les représentants parlementaires aient soutenu publiquement que la *Loi sur le cannabis* permettait de cultiver jusqu'à quatre plants à domicile, tandis que son libellé indique plutôt une *absence* de sanctions criminelles pour quiconque cultive quatre plants ou moins.

Peu importe les propos tenus à ce sujet, « [c]haque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit⁷³ ». Dans le contexte canadien, le respect du partage des compétences et du fédéralisme coopératif prend une importance primordiale. C'est, après tout, un principe fondamental du fédéralisme de respecter les pouvoirs fédéraux et provinciaux, et un pouvoir ne doit pas être utilisé « d'une manière telle que cela revienne en réalité à en vider un autre de son essence⁷⁴ ». Le fédéralisme devrait permettre la coopération et l'appui des compétences législatives⁷⁵.

Sans vouloir prêter une intention douteuse au Parlement, nous estimons que les affirmations en question ont peut-être été faites dans le simple

⁷³ *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 356 cité dans l'affaire *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 70, par. 75, et réitéré dans l'affaire *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, préc., note 70, par. 66.

⁷⁴ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, par. 7, cité dans l'affaire *R. c. Comeau*, préc., note 20, par. 79.

⁷⁵ *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, préc., note 22, par. 18.

but d'exercer une pression politique sur les provinces. Le Parlement savait fort bien qu'il n'avait pas de lui-même le pouvoir de permettre la culture du cannabis à domicile. Cela expliquerait également la raison pour laquelle il n'a pas outrepassé ses pouvoirs dans la *Loi sur le cannabis*.

D'ici à ce que la question de la culture du cannabis à domicile soit tranchée définitivement par les tribunaux, il serait sage que les Québécois et les Manitobains laissent le jardinage cannabique aux soins de leurs compatriotes des autres provinces. À la lumière des principes du fédéralisme, ils feraient bien de se tourner vers les producteurs autorisés des provinces plutôt que de compter sur leurs seules aptitudes botaniques pour satisfaire une envie de planer.

Comment critiquer le droit civil? Une proposition d'innovation méthodologique féministe

par Marie-Neige LAPERRIÈRE*

Prenant acte de la rareté des analyses critiques du droit civil au Québec, l'autrice veut contribuer à la recherche dans le domaine du droit en proposant une nouvelle méthodologie féministe. Elle s'appuie sur la théorie du point de vue situé et une prise en considération du pouvoir performatif de la norme de genre (et des rapports sociaux de sexe) sur le droit positif. Ces outils l'amènent à remettre en question des concepts fondamentaux en droit civil et à mieux comprendre le rôle du Code civil du Québec dans la reproduction des rapports sociaux de sexe. De manière plus pratique, l'autrice utilise cette méthodologie pour s'interroger sur le sujet de droit, en droit civil, et la construction apparemment asexuée de catégories telles que celles de « propriétaire » et de « locataire ».

Taking into account the scarcity of critical analyzes of civil law in Quebec, this article contributes to legal research by proposing a new feminist methodology. It is based on the standpoint theory and it takes into account the performative power of the gender norm (and social sex relations) on positive law. These methodological tools make it possible to question fundamental concepts in civil law and to better understand the role of the C.c.Q. in the reproduction of social sex relations. More practically, this methodology will be used to question the subject of law, in civil law, and the apparently asexual construction of categories such as "owner" and "tenant".

* Professeure de droit en sciences administratives, à l'Université du Québec en Outaouais, et notaire. Je tiens à remercier ma directrice de thèse, Violaine Lemay, ainsi que les organismes subventionnaires suivants : le Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH), le Fonds de recherche du Québec – Société et culture (FRQSC) et la Chambre des notaires du Québec. L'article qui suit est tiré de ma thèse de doctorat : *Critique féministe matérialiste du droit civil québécois : le travail « domestique » et les violences sexuelles, les « impensés » du droit du logement* (certaines parties de l'article en reprennent textuellement des passages). Je remercie aussi sincèrement les deux personnes qui ont évalué mon article. Ces évaluations constructives m'ont beaucoup aidée à préciser et à raffiner ma pensée. Il est toutefois évident que je demeure seule responsable des erreurs que pourrait contenir mon texte.



Sommaire

Introduction.....	201
1. La théorie du point de vue situé pour repenser, la construction des connaissances scientifiques et juridiques	206
1.1 Critiquer l’objectivité scientifique et chercher à partir d’un point de vue situé	206
1.2 Adopter la théorie du point de vue situé pour étudier le droit positif, incluant les catégories juridiques	210
2. Le processus de qualification en droit, comme pratique performative d’exclusion, au sens de Judith Butler	211
2.1 La qualification comme mode de préhension du monde par le droit positif, c’est-à-dire catégoriser pour qualifier	213
2.2 Le genre, comme normes performatives.....	214
2.3 La qualification et la catégorisation juridiques, des processus performatifs	216
2.4 Autopsie par étape d’une nouvelle méthodologie.....	218
3. Le sexe caché du sujet de droit en droit civil.....	221
3.1 Déssexualiser la personne juridique par l’entremise du mythe fondateur de la liberté et de l’égalité de tous (et de toutes?).....	222
3.1.1 Le sujet de droit en droit civil, une fiction juridique	223
3.1.2 La liberté et l’égalité, comme descriptif d’un sujet mâle	225
3.2 Être sexué ou sexué(e) ou bien ne pas l’être, telle est la question?	227
3.2.1 Un paradoxe naturaliste autour du sexe juridique	227
3.2.2 Le sexe, une catégorie « performative » en droit civil.....	231
4. Les catégories de « propriétaire » et de « locataire » comme performance du point de vue situé des hommes	233
4.1 La division et la hiérarchie sexuelles dans les catégories du droit civil.....	234
4.2 « Performer » des catégories homogènes et d’exclusion	238
Conclusion	240



Introduction

Dans la communauté juridique québécoise, de plus en plus de chercheuses et de chercheurs revendiquent de faire de la recherche en utilisant des cadres conceptuels associés aux théories critiques. Nombre d'universités québécoises comptent des centres qui encouragent la recherche juridique basée sur des perspectives interdisciplinaires et qui s'intéressent au rôle du droit étatique dans la reproduction des rapports de pouvoir¹. Or, force est de constater que certains domaines du droit étatique sont rarement étudiés à partir des postulats des perspectives critiques. Le droit civil est un exemple de ces matières jugées souvent trop techniques pour faire l'objet de véritables analyses critiques fondées sur des perspectives théoriques externes à la discipline du droit². On reprochera souvent à ces approches d'oublier la logique inhérente à ce système et de nombreuses subtilités propres à cette matière³. Ces « manquements » auraient pour effet de dévaluer ces recherches, car elles seraient inutilisables par les praticiennes et les praticiens et autres spécialistes dans le domaine du droit. Ainsi, vouloir aborder le droit civil québécois dans une perspective féministe n'a rien d'évident. Cela exige certainement une

¹ À titre d'exemple, voir le Laboratoire pour la recherche critique en droit (LRCD), de l'Université de Sherbrooke (<http://www.lrcd-clrl.org/accueil/>), le Centre de recherche en droit public (CRDP), de l'Université de Montréal (<http://www.crdp.umontreal.ca/>), et le Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CÉDIM), de l'Université du Québec à Montréal (UQAM) (<http://www.cedim.uqam.ca/>).

² Il existe évidemment des exemples d'application de théories critiques au droit civil, notamment : André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français – La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Paris, L.G.D.J., 1973; Hélène BELLEAU, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle : le mythe du mariage automatique*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2011; Michelle BOIVIN, « L'évolution des droits de la femme au Québec : un survol historique », (1986) 2 *C.J.W.L.* 53; Louise LANGEVIN, « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre « Des obligations » du *Code civil du Québec* », (2005) 46 *C. de D.* 353; Thierry NOOTENS, « Des privations ne peuvent pas constituer une fortune » : les droits financiers des femmes mariées de la bourgeoisie québécoise face au marché, 1900-1930 », (2011) 65 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 59.

³ Michel VAN de KERCHOVE et François OST, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit? », (1987) *Déviance et société* 183, 187.

grande part d'innovation et probablement même une certaine tolérance à l'endroit de petites erreurs ou d'un manque de précision aux yeux des spécialistes du droit civil. Il faut créer de nouvelles méthodes, de nouveaux savoirs, conjuguer une spécialité axée sur le droit civil avec une connaissance pointue des théories féministes. Bref, les compétences exigées se révèlent immenses et peuvent mener au découragement.

En matière de droit civil, les approches féministes se butent certainement à une difficulté supplémentaire, car le régime des obligations et des contrats, par exemple, ne fait aucune mention claire par rapport au critère du sexe, celui-ci ayant même été éliminé de domaines où il était explicitement utilisé, tels que le droit familial. Pour reprendre une expression de Danièle Kergoat, à propos de l'étude sociologique des classes ouvrières, il y a « escamotage de toute dimension sexuelle⁴ ». Il ne faut pas en déduire pour autant que le sexe y est inopérant, mais plutôt qu'il y constitue un « *angle mort*⁵ ».

Une autre difficulté à laquelle se heurtent les chercheuses et les chercheurs en matière de droit civil québécois qui voudraient étudier le *Code civil du Québec* de manière féministe est certainement le manque d'outils méthodologiques et conceptuels, notamment dans la langue française. C'est en ce sens que le présent essai⁶ souhaite être une contribution à la recherche dans le domaine du droit. Il transpose et introduit des outils d'analyse féministe à l'étude du droit civil. Ce type de recherche me semble d'autant plus important qu'au Québec le Code civil est un corpus normatif incontournable relativement à la mise en place et à la structuration d'un ensemble de relations entre personnes et entre groupes sociaux.

Inspiré de mes recherches doctorales, le texte qui suit se découpe essentiellement autour de deux grandes idées, chacune étant développée en deux parties. La première grande idée se divise en deux : la première et la

⁴ Danièle KERGOAT, *Se battre, disent-elles*, Paris, La Dispute, 2011, p. 87.

⁵ *Id.*

⁶ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Libres propos sur l'essai juridique et l'élargissement souhaitable de la catégorie "doctrine" en droit », dans Karim BENYEKHLEF (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 107.

deuxième partie du texte présentent des concepts théoriques féministes sous-jacents à la méthodologie proposée⁷. Quoique je m'inscrive principalement dans la théorie féministe matérialiste, le cadre conceptuel proposé est constitué de différentes approches féministes. Ainsi, j'aborderai, dans la première partie, la théorie du point de vue situé et sa transposition à une analyse juridique. Dans la deuxième partie, je présenterai les effets performatifs du droit, dans le sens développé par Judith Butler, à travers le processus de qualification en droit suivi d'une synthèse des principales méthodes et étapes de cette méthodologie. La seconde grande idée regroupe les troisième et quatrième parties du texte : celles-ci constituent un exemple d'application de la méthodologie féministe à l'étude du droit civil. Plus précisément, la troisième partie démontre comment la personne juridique en droit civil incarne le point de vue de la classe des hommes⁸ ou de quelle manière le sujet de droit porte en permanence le sexe masculin. La quatrième et dernière partie déconstruit les catégories de « propriétaire » et de « locataire », fondamentales dans le système d'habitation québécois. Mon objectif n'est donc pas d'examiner en détail les régimes attachés à ces deux catégories, ni d'en offrir une analyse juridique pointue, mais plutôt de me positionner complètement à l'extérieur de la logique civiliste. J'examinerai alors la façon dont les prémisses, qui sous-tendent ces catégories, provoquent un mouvement contradictoire d'inclusion et d'exclusion : *inclusion* pour les personnes dont l'expérience cadre avec la

⁷ La méthodologie fait ici référence à l'ensemble des méthodes utilisées pour construire une recherche. Ces méthodes sont nombreuses et se réfèrent plutôt aux étapes et aux actions effectuées pour obtenir des résultats scientifiques. Pour plus de précisions sur la distinction entre les concepts de « méthode » et de « méthodologie », voir Noella MACKENZIE et Sally KNIPE, « Research Dilemmas: Paradigms, Methods and Methodology. Issues in Educational Research », (2006) 16 *Issues in Educational Research* 193.

⁸ La notion de classe de sexe provient du féminisme matérialiste et radical. Héritières des « classes sociales » marxistes, les classes de sexe transforment les catégories sexuelles en groupes sociaux, en opposition avec des groupes naturels. Voir Christine DELPHY, *L'ennemi principal I – Économie politique du patriarcat*, coll. « Nouvelles Questions féministes », Paris, Syllepse, 1998, p. 30. Sur le féminisme matérialiste, voir aussi : Christine DELPHY, *L'ennemi principal 2 : Penser le genre*, coll. « Nouvelles Questions féministes », Paris, Syllepse, 1998; D. KERGOAT, préc., note 4; Colette GUILLAUMIN, *Sexe, race et pratique du pouvoir : l'idée de nature*, coll. « Recherches », Paris, Côté-femmes, 1992.

construction du modèle type d'individu à loger, mais aussi *exclusion* de toutes celles donc la réalité quotidienne ne trouve pas de représentation dans ces critères ontologiques.

Précisons immédiatement que le droit du logement est ici entendu dans un sens large et non pas limité au système locatif. Il se réfère donc à l'ensemble du droit étatique qui organise le système d'habitation au Québec. À cet égard, et comme le relevait Claude Thomasset, le droit civil est le corpus principal de cette province en matière d'habitation⁹. Une grande partie des rapports entre individus à loger se trouve dans le Code civil. Il légifère autour du droit de propriété et des différents rapports contractuels qui balisent l'habitation, tels que celui de la vente¹⁰ ou celui du louage résidentiel¹¹. Pour ne citer que quelques exemples, il légifère à propos des troubles du voisinage¹², sur les relations avec les institutions financières en matière de sûreté immobilière¹³ et sur certains aspects du logement dans la vie familiale¹⁴.

La méthodologie proposée repose sur certaines prémisses relativement à la nature du droit civil. Selon le registre théorique utilisé, ces conceptions du droit se chevauchent, se contredisent ou se côtoient simplement. Ainsi, l'objet utilisé est le *Code civil du Québec*. Dans une perspective proche du positiviste juridique, ce texte de loi est du droit posé, du droit écrit, valide et légitime au regard de la structure du système juridique canadien.

Dans une optique féministe et fortement inspirée des écrits de Catharine A. MacKinnon, je considérerai le Code civil « comme cette

⁹ Claude THOMASSET, « Le logement, entre l'État et l'entreprise : genèse d'un droit en devenir », dans Robert D. BUREAU et Pierre MACKAY (dir.), *Le Droit dans tous ses états : la question du droit au Québec, 1970-1987*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987, p. 245, à la page 269.

¹⁰ Sur le droit de propriété : *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 947-1211 (ci-après « C.c.Q. »); sur la vente : C.c.Q., art. 1708-1805.

¹¹ Sur le louage : C.c.Q., art. 1851-1891; sur le louage résidentiel : C.c.Q., art. 1892-2000.

¹² C.c.Q., art. 976.

¹³ Sur l'hypothèque immobilière précisément : C.c.Q., art. 2693-2695.

¹⁴ Sur la résidence familiale par exemple : C.c.Q., art. 401-413.

pratique d'État qui a affirmé sa validité en recouvrant de généralité et d'abstraction une forme de vie particulière, en s'appuyant sur le pouvoir et l'autorité¹⁵ ». Pour cette théoricienne féministe du droit, l'État n'est pas le fruit de l'institution démocratique auquel font référence les théories libérales. Il s'agit, plutôt d'une structure marquée par le pouvoir patriarcal, ce qui fait ainsi du droit positif une pratique qui porte aussi cette empreinte. Cette importance constitutive accordée au pouvoir patriarcal distingue cette théorie de différentes approches sociologiques ou interdisciplinaires¹⁶ qui posent également le droit comme une pratique sociale, sans avoir pour objectif de creuser la question du pouvoir, du sexe et du genre. L'importance accordée au pouvoir caractérise les études critiques du droit, au sens développé précédemment. Ainsi, décrire le droit civil comme une pratique insiste sur les nombreux choix sous-jacents à sa forme actuelle. Si le droit est une pratique, il peut donc être changé et même révolutionné.

De plus, en raison des emprunts théoriques faits à Butler dans la conception de la méthodologie que je propose, le droit civil sera aussi assimilé à un discours ou encore à une pratique discursive. En ce sens, le droit civil construit un certain registre conceptuel et normatif pour appréhender la « réalité » sociale. Plus encore, ce discours juridique, en raison de sa force obligatoire et de sa légitimité, a des effets contraignants certes, mais surtout il participe à la construction de cette « réalité » sociale.

¹⁵ Catharine A. MACKINNON, « Féminisme, marxisme et postmodernisme », dans Annie BIDEET-MORDREL (dir.), *Les rapports sociaux de sexe*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 76, à la page 78.

¹⁶ À titre d'exemples : Jacques COMMAILLE, « Les nouveaux enjeux épistémologiques de la mise en contexte du droit », (2013) 70 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 62; Antoine BAILLEUX et François OST, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », (2013) 70 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 25; Jean-François GAUDREALT-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain : l'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

1. La théorie du point de vue situé pour repenser la construction des connaissances scientifiques et juridiques

Les différentes écoles féministes ne constituent pas une méthode ni une méthodologie en soi. Ce sont plutôt diverses perspectives théoriques et militantes pour aborder des problématiques nouvelles. La recherche féministe remet en question les perspectives disciplinaires traditionnelles et les méthodologies jusqu'alors reconnues par la communauté scientifique, « voire, parfois, en vertu de ce regard neuf, elle favorise l'émergence et le développement de méthodes de recherche novatrices¹⁷ ». Ainsi, aborder une question avec une perspective féministe, c'est produire de la science, en ayant à cœur un objectif d'émancipation des femmes et de changement d'ordre social. Cela suppose nécessairement d'adapter les méthodes de recherche pour atteindre les objectifs poursuivis.

Chercher à partir d'une perspective féministe signifie nourrir une certaine méfiance à l'endroit des outils méthodologiques et épistémologiques reconnus par la pensée scientifique contemporaine. Cette première section présente certaines remises en question autour de l'objectivité scientifique, ainsi que les apports d'une approche qui revendique d'assumer le point de vue situé de la construction de la connaissance scientifique. Cette théorie a également été transposée à l'étude du droit.

1.1 Critiquer l'objectivité scientifique et chercher à partir d'un point de vue situé

Une des caractéristiques centrales de plusieurs recherches féministes est de remettre en question le principe d'objectivité, fondamental pour assurer la légitimité des connaissances scientifiques. Certaines théoriciennes féministes ont dénoncé l'objectivité scientifique, comme le résultat du point de vue situé du groupe dominant. Ce point de vue camouflé derrière une façade d'objectivité provoque une hiérarchisation de la con-

¹⁷ Michèle OLLIVIER et Manon TREMBLAY, *Questionnements féministes et méthodologie de la recherche*, coll. « Outils de recherche », Paris, L'Harmattan, 2000, p. 21-22.

naissance. Comme solution, elles proposent d'assumer méthodologiquement le point de vue situé, pour obtenir une connaissance « vraie ».

Dans une perspective matérialiste, Christine Delphy résume très bien le rapport existant entre le pouvoir et l'élaboration des connaissances :

Qu'il n'y ait pas de connaissance neutre est un lieu commun. Mais de notre point de vue cela a un sens très précis. Toute connaissance est le produit d'une situation historique, qu'elle le sache ou non. Mais qu'elle le sache ou non fait une grande différence; si elle ne le sait pas, si elle se prétend « neutre », elle nie l'histoire qu'elle prétend expliquer, elle est idéologique et non connaissance. Toute connaissance qui ne reconnaît pas, qui ne prend pas pour prémisses l'oppression sociale, la nie, et en conséquence la sert objectivement¹⁸.

Les critiques de la science par les féministes, dont l'école matérialiste, remettent grandement en question l'objectivité prônée à toutes les étapes de la recherche et réfléchissent sur les conséquences qu'elle emporte. Par exemple, quelles questions la science reconnaît-elle comme légitimes? Quel est le rapport entretenu par le chercheur ou la chercheuse avec son objet de recherche? Quels sont les implicites qui se cachent à l'intérieur du cadre conceptuel choisi? Comment ces pôles d'influence teintent-ils les résultats obtenus? Compatible avec une vision constructiviste de la science¹⁹, la connaissance n'est plus comprise comme une réalité figée à observer, mais plutôt comme une construction active, à laquelle appartient une part de subjectivité²⁰. La spécificité de la critique féministe matérialiste réside dans sa dénonciation du rôle des rapports sociaux de

¹⁸ Chr. DELPHY, *L'ennemi principal 1 : Économie politique du patriarcat*, préc., note 8, p. 265.

¹⁹ Ernst VON GLASERSFELD, « Introduction à un constructivisme radical », dans Paul WATZLAWICK (dir.), *L'invention de la réalité : comment savons-nous ce que nous croyons savoir? Contributions au constructivisme*, Paris, Éditions du Seuil, 1988, p. 19, à la page 35.

²⁰ Lorraine CODE, « Taking Subjectivity into Account », dans Linda ALCOFF et Elizabeth POTTER (dir.), *Feminist Epistemologies*, New York, Routledge, 1993, p. 15.

sexe en matière de construction de la connaissance et dans son refus d'opposer l'objectivité et la subjectivité.

Les arguments féministes ne se résument pas à défendre l'égalité de la subjectivité avec l'objectivité : ils servent aussi à refuser cette dichotomie. C'est dans ce sens que MacKinnon met en garde contre une perspective qui souhaiterait simplement faire de la subjectivité une meilleure prémisse épistémologique ou, à tout le moins, la présenter comme un fondement de la connaissance aussi valable que l'objectivité²¹. Continuer de réfléchir à l'intérieur de cette dichotomie ne permet pas de renverser la hiérarchie sous-jacente entre les connaissances produites à partir de cette distinction analytique.

L'absence d'objectivité de la science a comme conséquence que toute connaissance produite est nécessairement située. En réponse à cette critique, certaines féministes proposeront une approche qui assume cette part de subjectivité, à l'intérieur de toute recherche scientifique, généralement connue sous le nom de « théorie du point de vue situé²² ». Une telle rupture épistémologique provoque une révolution de la production de la connaissance scientifique²³. Dans une recherche féministe, l'expérience de la classe des femmes sera posée comme point de départ. Ce positionnement ne donne pas accès à *la* vérité, mais à *une* vérité située au cœur de

²¹ Catharine A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 120-121.

²² On trouve différentes appellations autour de cette approche : C.A. MACKINNON, préc., note 21, emploie l'expression « consciousness raising », alors que Nancy C.M. HARTSOCK, « The Feminist Standpoint: Developing the Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism », dans Sandra G. HARDING et Merrill B. HINTIKKA (dir.), *Discovering Reality*, Dordrecht, Boston et Londres, D. Reidel Publishing Company, 1983, p. 283, privilégie la tournure « feminist standpoint ». Pour sa part, Rémi Bachand, « Les apports de la théorie féministe du positionnement dans une théorie (critique) du droit (international) », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les cadres théoriques du droit : actes de la 2^e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 137, à la page 138, traduit l'expression par « théorie féministe du positionnement ».

²³ Sandra G. HARDING, « Rethinking Standpoint Epistemology: What is "Strong Objectivity"? », dans Linda ALCOFF et Elizabeth POTTER (dir.), préc., note 20, p. 49, à la page 52; N.C.M. HARTSOCK, préc., note 22, à la page 284.

l'oppression des femmes²⁴. Pour le dire simplement, cette méthode assume que toutes les connaissances sont « partielles et partiales²⁵ ».

Ainsi, pour faire de la recherche féministe matérialiste, il ne suffit pas d'étudier les femmes en se basant sur des méthodologies et des méthodes existantes, ni de simplement chercher à découvrir des traces de l'expression des rapports sociaux de sexe à travers différentes situations. Il importe également d'interroger la construction de la connaissance elle-même et, par conséquent, ses outils de fabrication. Dans ces circonstances, la théorie du point de vue situé est une épistémologie qui oriente le choix du cadre théorique et méthodologique d'une recherche²⁶. Pour reprendre ici les mots de Delphy, il faut s'intéresser au « point de vue qui a constitué les faits en faits; ce n'est pas seulement l'interprétation de l'objet qui est en cause, mais le regard qui perçoit l'objet, et l'objet qu'il constitue; donc jusqu'aux concepts les plus apparemment "techniques" et "neutres"²⁷ ». Ainsi, le fait que le « sexe » ne semble pas être un critère déterminant en droit civil, dans l'établissement des rapports contractuels par exemple, devient justement un point de départ pour interroger les éléments sous-jacents à cette relation juridique.

Différents commentaires et critiques peuvent être soulevés quant à l'approche basée sur le point de vue situé²⁸. Si, d'une part, la « position rationaliste²⁹ » est largement remise en question, à l'inverse un « relati-

²⁴ Susan HEKMAN, « Truth and Method: Feminist Standpoint Theory Revisited », (1997) 22 *Signs* 341, 342.

²⁵ Danielle JUTEAU-LEE, « Visions partielles, visions partiales : visions des minoritaires en sociologies », (1981) 13 *Sociologie et sociétés* 33, 36-37.

²⁶ Sur la relation entre l'épistémologie, le cadre théorique et les choix méthodologiques, voir Michael CROTTY, *The Foundations of Social Research: Meaning and Perspective in the Research Process*, Crows Nest et Londres, Thousand Oaks et Sage Publications, 1998, p. 1-17.

²⁷ Chr. DELPHY, *L'ennemi principal 1 : Économie politique du patriarcat*, préc., note 8, p. 264.

²⁸ Marcel STOETZLER et Nira YUVAL-DAVIS, « Standpoint Theory, Situated Knowledge and the Situated Imagination », (2002) 3 *Feminist Theory* 315; pour un résumé des débats autour de la théorie du point de vue situé, voir plus précisément les pages 316 à 321.

²⁹ M. OLLIVIER et M. TREMBLAY, préc., note 17, p. 80.

visme radical³⁰ », à l'intérieur duquel le caractère situé de toute connaissance peut lui fait perdre sa valeur explicative, ne doit pas devenir un fourre-tout prétexte à un manque de rigueur.

1.2 Adopter la théorie du point de vue situé pour étudier le droit positif, incluant les catégories juridiques

Cette remise en question épistémologique et méthodologique n'épargne pas l'étude du droit étatique. Selon une perspective féministe, la méthodologie dominante dans la discipline du droit ne permet pas d'étudier le point de vue des femmes. En affichant une neutralité sexuelle, elle endosse implicitement le point de vue dominant de la classe des hommes. L'étude critique du droit nécessite alors d'adopter une méthodologie différente ancrée dans le point de vue des femmes. C'est une inversion de la perspective. En effet, si le droit positif repose majoritairement sur le point de vue de la classe des hommes, son étude critique suppose de démarrer la réflexion en examinant la réalité des femmes plutôt que le texte même de la loi.

En étudiant différentes décisions concernant le « droit des femmes », Mary Jane Mossman prend conscience des déficiences de la méthodologie légale pour saisir la situation des femmes. Dans leur raisonnement juridique, les juges intègrent des arguments patriarcaux, fondés sur des idées philosophiques, théologiques et scientifiques, ce qui met ainsi complètement à l'écart l'expérience concrète des femmes³¹. Mossman développe alors l'idée que, pour faire avancer la cause des femmes devant les tribunaux, il ne suffit pas d'en augmenter la représentation ou d'y inclure des arguments féministes : il faut remettre en perspective les fondements mêmes de la méthodologie juridique³². Elle expose trois critiques principales à l'endroit de ces façons de faire³³. Premièrement, la méthodologie juridique fait du droit un système fermé qui définit lui-même ses

³⁰ *Id.*

³¹ Mary Jane MOSSMAN, « Feminism and Legal Method: The Differences It Makes », dans D. Kelly WEISBERG (dir.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphie, Temple University Press, 1993, p. 539, à la page 542.

³² *Id.*, à la page 548.

³³ *Id.*, aux pages 547-548.

limites. Deuxièmement, les méthodes employées par les juristes et les juges déterminent elles-mêmes les faits pertinents à retenir pour l'analyse juridique. Mossman observe ainsi que le sexe a parfois été un critère reconnu comme légitime, parfois non, dans des causes concernant le statut des femmes à l'intérieur du système juridique. Troisièmement, l'application de la méthodologie juridique repose sur un grand nombre de choix, lesquels sont en partie imprévisibles. Ils peuvent donc être favorables ou non à la cause des femmes.

Pour Katharine T. Barlett, faire une critique féministe en droit, c'est d'abord tâcher de comprendre la manière dont le droit faillit à prendre en considération la réalité des femmes ou encore comment les concepts légaux désavantagent ces dernières³⁴. Cela suppose un renversement du point de vue. Plutôt que d'observer en amont ce que le droit dit être, le questionnement démarre du bas, à partir de la réalité sociale de certains groupes ciblés. En effet, au lieu d'interroger l'intention du législateur, la chercheuse ou le chercheur se place du point de vue d'un groupe social précis, en l'occurrence les femmes. Ce nouvel angle d'approche permet d'observer les effets pluriels du droit positif, de manière à insister sur les écarts entre le droit tel qu'il est conçu par les juristes et son application concrète. Quoique partageant des accointances avec la sociologie du droit et les études sur l'effectivité³⁵, le propre des approches féministes est d'analyser la façon dont ces effets contribuent à la hiérarchisation sexuelle dans la société.

2. Le processus de qualification en droit, comme pratique performative d'exclusion, au sens de Judith Butler

À partir de certaines idées de Butler, j'expliquerai maintenant comment le point de vue situé des hommes sous-jacent à la construction

³⁴ Katharine T. BARTLETT, « Feminist Legal Methods », dans D. Kelly WEISBERG (dir.), préc., note 31, p. 550, à la page 551.

³⁵ À titre d'exemples : Pierre LASCOUMES et Éveline SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2 *Droit et société* 101; Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Éditions Thémis et Bruylant, 1998, p. 133.

du droit civil a des effets performatifs. Précisons immédiatement que ce concept diffère de celui de Paul Amselek, élaboré pour décrire l'action du droit positif³⁶.

Attaché aux théories du langage, le concept butlérien permet de capter la double action du genre dans la fabrication de la réalité par le droit. Dans un premier temps, le genre³⁷, ou – selon le langage matérialiste – les rapports sociaux de sexe, construit la réalité sociale, dont le droit positif. Dans un second temps, ce droit, imprégné des normes de genre, performe à son tour la « réalité » juridique et sociale. Le genre ou les rapports sociaux de sexe deviennent alors transversaux à l'organisation de la société et du droit qui la structure.

Cette action performative du droit est directement liée aux processus de qualification et de catégorisation propres à la méthode juridique. La première section de cette partie leur sera consacrée. Le concept de performativité, tel qu'il a été mis au point par Butler, sera ensuite présenté. La section suivante explique comment les actes qui consistent à qualifier et à catégoriser sont des pratiques performatives qui créent une organisation, à la fois juridique et sociale, dont la classe des femmes est exclue. La dernière section de cette partie expliquera de manière détaillée et réflexive la méthode proposée.

³⁶ Paul AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, coll. « Le Temps des idées », Paris, Armand Colin, 2012, p. 230-231, définit ainsi le « performatif » :

Les actes d'édiction des normes juridiques, en effet, ne sont pas de simples actes de dire – de prononcer ou d'écrire – des énoncés de règles : ce sont des actes de paroles au sens de la philosophie contemporaine du langage (ce qu'elle appelle des « performatifs »), c'est-à-dire des actes sociaux accomplis avec des paroles.

³⁷ Le concept de genre chez Butler ne représente pas la partie culturelle d'un sexe autrement biologique. Au contraire, « le genre désigne précisément l'appareil de production et d'institution des sexes eux-mêmes » : Judith BUTLER, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La Découverte, 2006, p. 63. Alors que le concept de classe de sexe prend ancrage dans une théorisation matérialiste, le concept de genre s'intéresse plutôt à la structure du langage. Tous deux se rejoignent dans une compréhension de déconstruction radicale du sexe/genre et refusent toute conception présociale ou prédiscursive du sexe/genre.

2.1 La qualification comme mode de préhension du monde par le droit positif, c'est-à-dire catégoriser pour qualifier

La qualification à l'intérieur de la discipline du droit moderne consiste « à mettre en présence deux systèmes conceptuels, l'un qui décrit une situation de vie [...], l'autre qui confère à cette situation sa qualification juridique³⁸ ». En droit civil, la qualification « détermine la nature juridique³⁹ » des faits. Il est utile d'observer que, à l'intérieur du droit civil, la catégorie permet également de classer et d'organiser les relations et les personnes. Plutôt que de considérer cette technique juridique comme « un passage du fait au droit⁴⁰ », François Rigaux estime que « [p]our être appréhendés par la norme juridique les faits doivent être introduits dans un appareil conceptuel, le langage⁴¹ ». La qualification s'apparente alors à la traduction. Elle est le processus par lequel le droit se saisit conceptuellement d'une réalité, elle-même décrite à partir d'un langage extérieur au droit. Ce processus de qualification repose sur une double traduction, au moment de la saisie par le droit d'une certaine réalité, et également à l'occasion de la restitution des faits juridiques vers un autre ordre conceptuel qui lui est extérieur.

La qualification, dont la catégorisation est l'un des outils, décrit le moyen par lequel le droit positif obtient la capacité de se saisir d'une situation factuelle. Elle permet au droit d'identifier et de nommer les éléments sur lesquels il aura « compétence ». Le mot « compétence » ne se réfère pas ici aux pouvoirs et aux permissions que le droit donne à ses sujets⁴², mais aux champs d'expertise du droit lui-même. En d'autres termes, n'est légal et légitime pour le droit que ce qu'il peut traduire. C'est par un processus de division, de classement et de catégorisation que le droit positif peut se saisir d'une réalité sociale. La catégorie juridique

³⁸ François RIGAUX, « Qualification », dans André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 498, à la page 498.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² Bernard S. JACKSON et Éric LANDOWSKI, « Compétence », dans André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), *préc.*, note 38, p. 77, à la page 77.

devient alors « une unité conceptuelle traitée comme fondamentale qui sert de base pour une [...] classification des objets⁴³ ». Comme l'explique Michelle Cumyn⁴⁴, la catégorisation définit le régime juridique qui s'applique à une situation. La catégorisation est donc intimement liée au processus de qualification juridique, car elle permet d'identifier le régime juridique applicable à une situation factuelle.

S'intéresser aux processus de qualification et de catégorisation en droit signifie s'interroger sur l'organisation de la connaissance juridique. Or, comme le souligne Cumyn : « En droit comme dans les autres domaines, les catégories ont cette caractéristique qu'une fois apprises leur utilisation devient intuitive : elle paraît aller de soi⁴⁵. » Cette autrice constate avec justesse que la discipline du droit moderne oublie trop souvent de remettre en question la manière dont est construit son savoir. Cette critique ne concerne pas exclusivement les juristes. En fait, elle s'applique à l'ensemble des disciplines et des savoirs universitaires, y compris le féminisme⁴⁶.

2.2 Le genre, comme normes performatives

Dans son ouvrage intitulé *Trouble dans le genre*, Butler élabore tout un appareillage théorique pour comprendre de quelle manière le genre est performatif. Comme l'explique Alexandre Baril, autrefois connu sous le nom d'Audrey, « [c]ela signifie que le genre est un énoncé sans substrat métaphysique et ontologique qui, par son énonciation et sa répétition, réa-

⁴³ Jacques COMMAILLE et André-Jean ARNAUD, « Catégorie », dans André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), préc., note 38, p. 58, à la page 58.

⁴⁴ Michelle CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématité du droit », (2011) 52 *C. de D.* 351, 368-377.

⁴⁵ *Id.*, 378.

⁴⁶ Pour deux exemples de critiques féministes de la connaissance en sociologie, voir : Nicole-Claude MATHIEU, *L'anatomie politique : catégorisations et idéologies du sexe*, coll. « Recherches », Paris, Côté-femmes, 1991, p. 17-41; Dorothy E. SMITH, « Women's Perspective as a Radical Critique of Sociology », dans Sandra G. HARDING (dir.), *Feminism and Methodology: Social Science Issues*, Bloomington et Milton Keynes, Indiana University Press et Open University Press, 1987, p. 84, aux pages 84-96.

lise ce qu'il dit, soit un genre féminin ou masculin⁴⁷ ». La capacité de fabriquer « ce qu'il dit » fait du genre un discours normatif. À ce titre, c'est un moteur dans la production de toute connaissance humaine. Il détermine la façon d'appréhender la « réalité » sociale. Butler explique ce qui suit : « Les normes de genre [...] établissent ce qui sera intelligiblement humain ou ne sera pas, ce qui sera considéré ou non comme “ réel ”. C'est en ce sens que l'on peut dire que ces mêmes normes constituent le champ ontologique où les corps trouvent leur expression légitime⁴⁸. »

En ce sens, les normes de genre précèdent le sexe et le créent. En s'intéressant à la performativité, Butler déconstruit les préjugés biologisants sur le sexe. Les normes de genre deviennent un « principe organisateur⁴⁹ ».

C'est donc par cet appareil normatif « bigenré » que le monde environnant devient accessible et imaginable pour l'esprit humain. Les normes prévalent alors et se positionnent comme des évidences. Elles mettent en place un cadre cohérent, mais également limité et contraignant pour percevoir de manière intelligible des phénomènes concrets. Ces « évidences » en arrivent à imposer des limites « dans les termes d'un discours culturel hégémonique fondé sur les structures binaires qui se font passer pour le langage de la rationalité universelle. La contrainte est donc inscrite au niveau même de ce que ce langage permet de formuler et d'imaginer en tant que domaine du genre⁵⁰. »

Les normes de genre peuvent ainsi être décrites comme une structure de domination. Les conséquences de ce pouvoir s'évaluent dans l'observation des inégalités sexuelles.

Par l'assimilation du genre à des normes, les outils conceptuels féministes de Butler se transposent à l'analyse du droit comme pratique ou

⁴⁷ Audrey BARIL, « De la construction du genre à la construction du « sexe » : les thèses féministes postmodernes dans l'œuvre de Judith Butler », (2007) 20 *Recherches féministes* 61, 64.

⁴⁸ J. BUTLER, préc., note 37, p. 47.

⁴⁹ *Id.*, p. 259.

⁵⁰ *Id.*, p. 72.

discours normatif. En tant que structure de domination, les normes de genre imprègnent le droit étatique dès sa conceptualisation. Elles se performent donc à l'intérieur des normes juridiques. Je compte examiner ci-dessous la manière dont la performativité des normes de genre se reproduit par l'entremise du droit positif, celui-ci devenant également un discours normatif et performatif. Le concept de performativité des normes de genre, groupé à celui de double traduction par le processus de qualification juridique, permet de jeter un regard féministe sur l'entrelacement du droit positif et de la reproduction des rapports sociaux de sexe.

2.3 La qualification et la catégorisation juridiques, des processus performatifs

La mise en place théorique précédente insiste sur le « pouvoir des mots⁵¹ ». S'inspirant de Michel Foucault, Butler s'intéresse au pouvoir régulateur du droit. Il est généralement interprété « de manière purement négative – c'est-à-dire, en termes de restrictions, de prohibition, de régulation, de contrôle ou encore de "protection" des individus [...] Or les sujets régulés par des structures sont, par le simple fait d'y être assujettis, formés, définis et reproduits conformément aux exigences de ces structures⁵². »

Le droit étatique régule des sujets qu'il produit lui-même et qui répondent, par conséquent, à des critères qu'il met en place. Butler explique de manière plus détaillée :

Le pouvoir juridique « produit » incontestablement ce qu'il prétend simplement représenter; c'est pourquoi la politique doit s'occuper de cette double fonction du pouvoir : juridique et productive. En effet, la loi produit l'idée d'un « sujet avant la loi », puis fait disparaître cette formation discursive avant de la convoquer à titre de prémisse fondatrice naturalisée pour légitimer en retour l'hégémonie régulatrice de cette même loi⁵³.

⁵¹ Je fais ici référence au titre de l'ouvrage suivant : Judith BUTLER, *Le pouvoir des mots : politique du performatif*, Paris, Éditions Amsterdam, 2004.

⁵² J. BUTLER, préc., note 37, p. 61.

⁵³ *Id.*

Butler s'intéresse précisément à la manière dont le droit positif fabrique son propre sujet. Cette création n'est pas étrangère au processus de qualification et de catégorisation. La capacité créatrice du droit fait de ces étapes de la méthode juridique un processus performatif. Cette idée suggère que la qualification en droit ne fait pas que traduire ou décrire une situation factuelle préexistante : elle en fabrique une nouvelle, fondée sur un sujet de droit artificiel. La performativité se produit lorsque des critères, dont la fonction semble descriptive, deviennent concrètement constitutifs du sujet produit. Quand le législateur édicte une norme, il crée également une fiction à l'intérieur du droit. Cette fiction n'en est pas moins effective pour autant, car elle produit des effets tangibles à l'intérieur même de la structure sociale.

L'une des conséquences principales de l'étude du pouvoir performatif du droit, et c'est probablement l'apport majeur de Butler à cette construction méthodologique, est de mettre en avant que le droit, en produisant lui-même son sujet, produit nécessairement ceux et celles qui en seront exclus ou exclues. À partir d'une grille d'analyse féministe, ce mode d'exclusion repose sur la domination sexuelle. C'est à cet effet que Butler écrit que « les sujets du droit sont continûment produits par le biais de certaines pratiques d'exclusion qui ne se "voient" pas, une fois que la structure juridique du politique fait loi⁵⁴ ». Le droit positif se met au service de « fins précises de légitimation et d'exclusion⁵⁵ ». Ladite exclusion est également orchestrée par le processus de qualification et de catégorisation. La performance d'exclusion y est double. Les normes de genre traversent d'abord la construction conceptuelle du droit. Au moment de son application, le droit de l'État restitue alors ces normes sous le couvert de la légitimité juridique.

Ces prémisses théoriques et épistémologiques féministes ouvrent la voie vers la conception d'une nouvelle méthodologie pour critiquer le droit civil.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

2.4 Autopsie par étape d'une nouvelle méthodologie

J'expliciterai dans ce qui suit la nouvelle méthodologie proposée pour une analyse féministe du droit civil et les méthodes qui s'y rattachent. Le droit du logement et les catégories de « propriétaire » et de « locataire » qui le structurent dans le Code civil me serviront d'exemples pour appliquer concrètement les idées proposées. En raison des visées explicatives de cette section, je décrirai cette méthodologie à travers des étapes. Leur linéarité apparente est artificielle et n'existe que pour en faciliter la compréhension. Durant l'avancement des recherches, il est très fréquent de revenir à des étapes antérieures et d'en peaufiner les résultats.

Quoique la méthodologie proposée ait pour objectif l'étude du droit étatique, elle suppose, dès le départ, un renversement épistémologique par rapport aux habitudes méthodologiques des juristes. Comme *première étape*, plutôt que de démarrer la recherche à partir des sources traditionnelles du droit, je propose d'amorcer la première collecte de données en se concentrant sur l'expérience concrète des femmes autour du sujet choisi. Ce dernier ne doit en aucune manière se cantonner dans les classements et les catégories qui existent en droit positif. Par exemple, lorsqu'on fait le choix de travailler sur la question de l'habitation, il ne faut pas chercher immédiatement à savoir quel est le droit applicable, mais plutôt ce qui caractérise l'expérience des femmes dans ce domaine. Autrement dit, le point de vue des femmes devient central dans la définition même du sujet retenu pour la recherche. Cette étape de collecte de données peut se faire en ayant recours à une méthode qualitative ou quantitative ou encore en utilisant une méthode hybride⁵⁶. La collecte de données se déroule généralement de manière synchrone avec le choix du cadre d'analyse féministe et la construction de la grille qui guidera la recherche. Il importe aussi de consulter des travaux de recherches féministes pour identifier ce qui constitue la spécificité de l'expérience des femmes, selon la littérature. La première collecte de données a donc pour objet de tracer un portrait empirique et théorique de ce qui constitue la spécificité de l'expérience de la classe des femmes relativement au sujet traité.

⁵⁶ N. MACKENZIE et S. KNIPE, préc., note 7.

Par la suite, il importe de s'intéresser aux sources traditionnelles du droit qui structurent le sujet choisi. Comme *deuxième étape*, il faut déterminer les chapitres et les articles du Code civil qui concernent le sujet choisi. Ici, une méthode documentaire est généralement priorisée. On doit alors prêter attention particulièrement aux concepts et aux catégories qu'emploie le législateur pour appréhender et qualifier le sujet choisi. Par exemple, en matière d'habitation, j'ai constaté que le rapport contractuel est central, ainsi que certaines catégories telles que celles de « propriétaire » et de « locataire ».

La *troisième étape* consiste à confronter l'expérience concrète des femmes, telle que développée à la première étape, avec les choix législatifs mis en évidence à la deuxième étape. Il convient d'observer et d'explicitier les écarts entre cette expérience des femmes et les choix effectués par le législateur. Ces résultats deviennent alors des pistes explicatives pour comprendre la façon dont le droit étatique contribue concrètement à maintenir les écarts sociaux. Autrement dit, de quelle manière le droit civil intègre-t-il des modèles sociaux sexués⁵⁷ et reproduit-il légalement des normes de genre, malgré un texte apparemment asexué. La nécessité d'identifier ces mécanismes patriarcaux législatifs présuppose que ladite opération pourra conduire à des changements féministes.

De manière réflexive, il faut reconnaître que cette méthodologie connaît plusieurs limites. La compréhension et la prise en considération de ces limites permettent de mieux déterminer les champs d'application de cette méthodologie et la nature des résultats obtenus. Pour ma part, je mets en évidence principalement trois limites : la première se situe du côté des études féministes; la deuxième, touche la perspective de la discipline du droit; et la troisième concerne le niveau des connaissances produites. Premièrement, cette méthodologie n'intègre pas les nombreux apports des perspectives intersectionnelles et consubstantielles. Elle se concentre ex-

⁵⁷ Le terme « sexué » que j'emploie tout au long de mon texte se veut plus large et inclusif que le terme « sexuelle », puisque le premier cherche à désigner les distinctions et les violences commises à l'endroit d'une personne en raison de son statut de classe de sexe.

clusivement sur le groupe social des femmes. Cette limite découle essentiellement de deux difficultés éprouvées dans mes propres recherches. Tout d'abord, cette méthode est proposée pour des juristes. Leur formation disciplinaire n'inclut généralement pas l'acquisition de compétences relativement aux méthodes de recherches scientifiques propres aux sciences sociales. Par conséquent, la première étape ici proposée, soit la collecte de données à l'extérieur du champ juridique, a représenté une réelle difficulté à mes yeux, et je présume qu'il en sera peut-être de même pour d'autres juristes. De plus, malgré tout le dynamisme des recherches féministes au Québec, de nombreux domaines manquent encore cruellement de données scientifiques. Ce manque génère une difficulté additionnelle dans la collecte de données, surtout lorsque le chercheur ou la chercheuse souhaite tenir compte de plusieurs variables.

Deuxièmement, au regard de la discipline du droit, il est pratiquement impossible de répertorier l'ensemble des sources du droit qui concernent le sujet choisi par le chercheur ou la chercheuse. Par exemple, répertorier l'ensemble du droit positif concernant le droit du logement est en soi un travail de recherche colossal. Même si l'on se limite au Code civil, il est pratiquement impossible de repérer tous les articles qui influent sur un thème, tel le logement, et d'en proposer une analyse fine au regard de la méthode proposée. Il faut donc bien se rappeler l'objectif de cette méthode, soit mettre en lumière les mécanismes par lesquels le droit civil, et potentiellement le droit étatique plus généralement, participe à la production et à la reproduction des rapports sociaux de sexe, sans viser une connaissance exhaustive du droit positif.

Troisièmement, et cette limite vient probablement du fait d'étudier le droit étatique, l'objet de cette méthode n'est pas d'expliquer des situations individuelles, pas plus qu'elle ne permet de le faire. Elle cherche plutôt à comprendre des relations qui se situent à l'échelle des rapports sociaux⁵⁸.

⁵⁸ Sur la distinction relation individuelle et les rapports sociaux, voir D. KERGOAT, préc. note 4, p. 128.

La méthodologie ayant été exposée, ainsi que mes prémisses théoriques, j'aborderai maintenant les troisième et quatrième parties et où je propose un exemple d'analyse et de déconstruction autour des catégories de « propriétaire » et de « locataire ».

3. Le sexe caché du sujet de droit en droit civil

Au cœur du droit civil, et du système juridique plus généralement, se trouve le sujet de droit, incarné par la personne juridique. Cette dernière est double, tant physique ou humaine⁵⁹ que morale⁶⁰. Je concentrerai mon analyse exclusivement sur le concept de personne physique. Les expressions « sujet de droit » et « personne juridique » seront donc employées comme des synonymes. Pour reprendre les mots de Jean Carbonnier, « [l]a personne physique (*personne* par excellence), c'est l'individu, c'est l'être humain, tel qu'il est pris en considération par le droit⁶¹ ». Cette citation rappelle que l'expression désigne la manière par laquelle le droit de l'État se saisit, par le processus de qualification, de la personne humaine pour en faire son sujet.

Dans cette partie, je veux globalement examiner la critique féministe du sujet de droit, autrement posé comme asexué dans la théorie dominante. Cela signifie vouloir comprendre de quelle manière les rapports sociaux de sexe participent à la construction de ce sujet et comment le genre y est performé en permanence. La personnalité juridique devient alors un concept porteur d'intérêts patriarcaux. Une telle intrusion rend le sujet de droit implicitement sexué en permanence. Les rapports sociaux de sexe et le genre deviennent déterminants à l'intérieur de toutes les relations juridiques, qu'elles se réfèrent explicitement ou non au sexe des sujets.

Ce sujet est au cœur du système d'habitation. Comme il établit pour les individus les critères reconnus par le droit étatique pour structurer

⁵⁹ C.c.Q., art. 1.

⁶⁰ C.c.Q., art. 298.

⁶¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, t. 1, coll. « Quadriga Manuels », Paris, Quadriga/Presses universitaires de France, 2004, p. 377.

les manières légales de se loger, il devient par conséquent la norme pour que le droit se saisisse de la personne à loger.

La troisième partie de mon texte est divisée en deux : je m'intéresserai d'abord au processus de désexualisation du sujet de droit, rendu possible par l'importance accordée aux valeurs d'objectivité, de liberté et d'égalité par le législateur. Ensuite, j'exposerai un paradoxe à propos du sexe du sujet de droit en me penchant sur le processus de sexualisation de ce même sujet.

3.1 Désexualiser la personne juridique par l'entremise du mythe fondateur de la liberté et de l'égalité de tous (et de toutes?)

L'article premier du Code civil présente son sujet : « Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils⁶². » Certaines prémisses libérales sont aux fondements de la constitution de ce sujet. À l'intérieur du Code civil, tous les êtres humains sont égaux, puisqu'ils possèdent tous la personnalité juridique et qu'à ce titre ils ont des droits qu'ils pourront exercer pleinement. Il existe pourtant une distance entre le sujet de droit et la personne humaine prise dans sa globalité. De tels écarts ne sont pas exclusifs aux femmes. On trouve cependant une critique féministe spécifique de la personne juridique. Ce discours fait ressortir que, quoique le sujet de droit soit asexué grammaticalement, sa construction est intimement liée aux rapports sociaux de sexe. Elle insiste sur les dessous patriarcaux des prémisses libérales, en remettant en question les présupposés de liberté et d'égalité⁶³.

Dans un système patriarcal, il est essentiel que tous les sujets croient à ces possibles liberté et égalité. Le droit, par sa fonction idéologique, participe à la construction d'une vision unifiée de la société. Sur la base des prémisses du Code civil, les femmes et les hommes sont libres et égales ou égaux et leurs relations sont légalement structurées de manière

⁶² C.c.Q., art. 1.

⁶³ Comme exemple de critique de l'égalité formelle en droit civil : Marlène CANO, « L'égalité formelle c. l'égalité véritable : exemples législatif et jurisprudentiel en droit de la famille au Québec », (1992) 11 *Can. J. Fam. L.* 233.

individuelle plutôt qu'entre deux groupes sociaux. L'importance accordée à la liberté et à l'égalité, à l'intérieur du droit étatique, est nécessaire pour que la division sexuelle du travail et les violences sexuées, caractéristiques de l'exploitation patriarcale, deviennent un problème propre à chaque personne, ainsi réduit à des situations individualisées au lieu d'être le produit de rapports sociaux de sexe.

Dans la présente section, je constaterai tout d'abord le pouvoir du droit étatique de créer une fiction, située dans le temps et cohérente avec une certaine compréhension du monde, par l'entremise de la personne juridique. Cette personne fictive possède par essence l'égalité et la liberté, ce qui provoque ainsi un décalage entre le sujet de droit et l'expérience de vie humaine. Ensuite, j'expliquerai la critique féministe de MacKinnon sur les difficultés du droit positif de représenter les femmes, et ce, en raison des prémisses de liberté et d'égalité sous-jacentes à la personne juridique.

3.1.1 Le sujet de droit en droit civil, une fiction juridique

La montée de l'individu à l'intérieur du droit occidental n'est pas le fruit du hasard. C'est une des grandes transformations de la révolution bourgeoise. L'individu est considéré comme libre et l'égal des autres membres de la société. Sa liberté est fondée sur l'autonomie de sa volonté, aux origines du rapport contractuel. Ainsi, il s'affranchit de l'asservissement génétique propre à l'ordre aristocratique⁶⁴. Avec la Révolution française, le statut social ne se définit plus à partir du statut à la naissance, mais se fonde plutôt sur la propriété privée. L'organisation sociale se construit désormais sur la possession de biens. En faisant de la propriété privée l'outil d'émancipation du système monarchique, les révolutionnaires ont créé ainsi un rapport individuel aux biens. Ce contrat social libéral traduit un rapport de gens à objet⁶⁵.

⁶⁴ Eric J. HOBBSBAWM, *L'ère des révolutions*, coll. « Historiques », Bruxelles, Complexe, 1988, p. 235.

⁶⁵ Dorval BRUNELLE, *Le Code civil et les rapports de classes, suivi d'Une analyse sociologique de la loi canadienne de l'assurance-chômage*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1975, p. 1.

L'individu fabriqué par le droit positif repose sur différentes prémisses, dont la liberté et l'égalité. À l'intérieur du corpus juridique, ces deux qualités sont constitutives de l'ontologie même de la personne juridique. Dans cette logique caractéristique du droit positif, le sujet est pré-social. Le système juridique fabrique une créature imaginaire qui ignore tout des conditions sociales de vie des êtres humains. C'est ce qu'explique Nathalie Le Bouëdec : « Or, en ignorant la dimension sociale de l'homme, le droit occulte également les inégalités sociales. Car le principe d'égalité est lui aussi une fiction : il ne vaut que pour les personnes juridiques, pas pour les individus réels⁶⁶. »

Ainsi, par l'entremise du droit, l'État crée un sujet désincarné. Cette distance permet au droit positif de construire une certaine réalité cohérente à l'intérieur de la discipline juridique. L'écart existant entre l'être humain dans sa globalité et la personne juridique permet au droit d'ignorer les inégalités sociales. Elles deviennent simplement extérieures à l'expertise de la discipline du droit moderne.

Plus encore, comme le souligne Joan W. Scott, cette figure imaginaire, pourtant dépendante de son époque et des rapports sociaux qui l'organisent, devient un modèle qui permet de déterminer qui sera visé.e ou non par le droit. Ainsi, malgré ses prétentions à l'universalité, la fiction juridique qu'est le sujet de droit « a aussi servi à exclure ceux qu'elle définissait comme des non-individus, ou des sous-individus, parce qu'ils différaient de la figure singulière de l'être humain⁶⁷ ».

En présumant une ontologie présociale du sujet de droit, appuyée sur des qualités universelles, le droit fait complètement abstraction de la construction sociale des individus et des inégalités structurelles existantes. Poser de manière abstraite que le sujet de droit est asexué n'empêche pas

⁶⁶ Nathalie LE BOUËDEC, « Vers une pensée critique du droit? Critique de l'individualisme libéral et théorie du droit social chez les juristes sociaux-démocrates weimariens », dans Hourya BENTOUHAMI, Ninon GRANGÉ, Anne KUPIEC et Julie SAADA (dir.), *Le souci du droit : où en est la théorie critique?*, Paris, Sens & Tonka, 2009, p. 29, à la page 30.

⁶⁷ Joan W. SCOTT, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998, p. 24.

pour autant que, socialement, le sexe et le genre sont des sources d'exploitation pour la moitié de la population. Les deux demeurent des catégories « empiriquement effectives⁶⁸ », malgré leur « dénégalion⁶⁹ ». Le fait d'appartenir à une classe de sexe plutôt qu'à l'autre donne réellement des indices sur les conditions d'existence d'une personne. Sous des couverts universels, le sujet juridique est incapable de personnifier cette contradiction entre les classes de sexe. Il adopte alors le point de vue du groupe dominant.

3.1.2 La liberté et l'égalité, comme descriptif d'un sujet mâle

Aux fondements de la construction juridique vue précédemment existent des principes d'objectivité et d'universalité. En effet, la personne juridique prétend incarner une neutralité suffisante pour que chaque justiciable puisse s'y identifier. La capacité de représentation du sujet de droit repose sur un premier principe d'objectivité. À l'intérieur de la discipline du droit moderne, le sujet en question incarne l'être humain. Il est d'ailleurs posé comme asexué. Selon la théorie dominante, il ne représenterait donc pas un point de vue particulier, mais une vision universelle. Dans une perspective féministe, Rosemary Hunter observe que la construction de ce sujet est fondée sur plusieurs présupposés libéraux. Il serait « rational, autonomous, self-contained, self-possessed, self-sufficient and formally equal before the law⁷⁰ ». Ces caractéristiques décriraient un individu neutre du point de vue du sexe. Pourtant, explique-t-elle, ces éléments essentiels ne prennent pas en considération les conditions de formation des groupes sexuels. Certaines caractéristiques sont plus accessibles et décrivent mieux un groupe plutôt que l'autre. En niant les inégalités structurelles des femmes et des hommes, le droit positif crée une personne juridique apparemment sans sexe. L'utilisation d'un sujet asexué transforme les problèmes directement liés au sexe du sujet en situation d'exception. Par exemple, se pose régulièrement la question à savoir si des lois particu-

⁶⁸ C. GUILLAUMIN, préc., note 9, p. 216.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Rosemary HUNTER, « Contesting the Dominant Paradigm: Feminist Critiques of Liberal Legalism », dans Margaret DAVIES et Vanessa E. MUNRO (dir.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Farnham et Burlington, Ashgate, 2013, p. 13, à la page 13.

lières devraient être adoptées pour faciliter l'accès des femmes à de hautes fonctions à l'intérieur des conseils d'administration. Cette façon de faire corrobore l'idée que les femmes ont des besoins particuliers et spécifiques par rapport à ceux des hommes⁷¹. Elle ne pointe pas la masculinité implicite du sujet de droit, qui le rend incapable de capter cet écart de classe. En raison de la masculinité sous-jacente, le droit ne réussit pas à saisir la situation concrète des femmes⁷².

MacKinnon fait une critique de l'objectivité légale qu'elle pose comme un critère de construction de connaissances qui protège les intérêts patriarcaux. En cela, cette objectivité dessert la classe des femmes. En droit, elle se manifeste de différentes façons : « The separation of form from substance, process from policy, adjudication from legislation, judicial role from theory or practice, echoes and reechoes at each level of the regime its basic norm : objectivity⁷³. » En raison du principe d'objectivité sous-jacent à la construction de toutes les connaissances juridiques, le monde tel qu'il a été conçu à partir des descriptions implicites du droit positif ne correspond pas à la « réalité ».

MacKinnon va plus loin dans sa critique pour examiner les conséquences de l'objectivité mâle sur la construction du sujet de droit à l'intérieur de la Constitution américaine. Si, bien sûr, de nombreuses distinctions sont à faire entre le droit américain et celui qui est applicable au Québec, y compris le droit constitutionnel, une telle prudence n'enlève aucune pertinence à l'analyse de MacKinnon. Pour elle, l'objectivité supposée à l'origine de la constitution du sujet de droit décrit pourtant les conditions de vie spécifiques de la classe des hommes. De ce point de vue dominant, avant toute intervention étatique, les êtres humains seraient libres et égaux. Il n'existerait donc pas de différences structurelles entre les hommes et les femmes. L'idéologie mâle permet donc de prôner une égalité idéaliste, intrinsèque au sujet de droit⁷⁴.

⁷¹. Margaret DAVIES, « Taking the Inside out, Sex and Gender in the Legal Subject », dans Ngaire NAFFINE et Rosemary J. OWENS (dir.), *Sexing the Subject of Law*, North Ryde, Information Services, 1997, p. 25, à la page 29.

⁷² R. HUNTER, préc., note 70, à la page 14.

⁷³ C.A. MacKinnon, préc., note 21, p. 162.

⁷⁴ *Id.*, p. 161-163.

3.2 Être sexué ou sexuée ou bien ne pas l'être, telle est la question?

Dans la première section de la troisième partie, je me suis intéressée à la désexualisation du sujet dans le droit positif. Pourtant, il est commun chez les juristes de plaider l'existence du sexe comme cause possible de discrimination. À cet effet, le droit reconnaît l'existence de deux catégories de sexe. Le sujet de droit porte donc parfois explicitement la marque sexuelle.

La théorie féministe remet en question cette action du droit de pouvoir donner ou retirer un sexe à son sujet. Dans un premier temps, la critique féministe du droit interroge les origines de ce sexe et met ainsi en lumière un paradoxe dans la pensée juridique. Ce paradoxe se concentre autour de l'importation de références naturalistes à l'intérieur du droit positif. Dans un second temps, la critique féministe remet en question la capacité réelle du droit à déssexualiser son sujet. Au contraire, elle met en avant que le sexe mâle est « performatif », au sens butlérien, de la personne juridique et que les catégories de sexe sont transversales et « performatives » dans l'organisation du droit de l'État.

3.2.1 Un paradoxe naturaliste autour du sexe juridique

La critique féministe relève un paradoxe en droit autour du sexe du sujet de droit : la présence à la fois d'un sujet posé comme neutre, entre autres, sur le plan du sexe, mais aussi une sexualisation du même sujet, à certains moments jugés opportuns par le législateur. Ce paradoxe fait ressortir l'importance et l'omniprésence du sexe dans la construction du sujet de droit. L'intérêt d'étudier un paradoxe est qu'il « [met] en lumière les insuffisances [d'un] cadre conceptuel⁷⁵ ». Il permet donc de pointer un problème de logique à l'intérieur d'un cadre conceptuel, mais dont le résultat peut différer selon les clés de lecture utilisées.

J'ai tout d'abord expliqué qu'à l'intérieur de la doctrine juridique le sujet de droit est posé comme asexué. Pourtant, le même sujet est par-

⁷⁵ Nicolas ROOS et François TULKENS, « Paradoxe en droit », dans André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), préc., note 38, p. 422, à la page 422.

fois explicitement sexué, sans qu'il existe pour autant de définition légale du sexe. Par exemple, le sexe est clairement reconnu comme une catégorie à l'intérieur des chartes canadienne et québécoise⁷⁶, qui ne doit pas provoquer de discriminations⁷⁷. La personne juridique peut donc faire l'objet d'une double qualification antinomique. Elle peut à la fois être sexuée et non sexuée.

Pour bien comprendre la construction de ces catégories de sexe et le rôle du droit dans leur formation, il faut lire les mots de Colette Guillaumin : « Des notions de race et de sexe on peut dire qu'elles sont des formations imaginaires, juridiquement entérinées et matériellement efficaces⁷⁸. » Le droit occupe alors une fonction précise de légitimation de ces catégories, en les transformant en critères juridiques.

Scott, dans un ouvrage qui analyse l'histoire des luttes féministes pour la citoyenneté en France, débute par une observation centrale. Elle constate « un lien surprenant entre deux universalismes contradictoires : l'universalisme des droits politiques individuels [...] et l'universalisme de la différence sexuelle [...] D'une part, des droits naturels qui transcendent toutes les différences; de l'autre, des différences naturelles qui ne peuvent être transcendées⁷⁹. »

Deux concepts tirés de la « nature » se contredisent : d'abord, l'universalité présumée de droits propres à toutes les personnes humaines; ensuite, des sexes donnés comme naturels et fondateurs de différences. L'histoire raconte que les différences sexuelles ont été suffisamment importantes pour remettre en question le statut même de « personne » des femmes, démontrant ainsi que, si les droits étaient universels, le statut de

⁷⁶ À cet effet, voir la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 15, al. 1, et la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 10, al. 1.

⁷⁷ Michelle BOIVIN, « La catégorie "Femme/s" dans la discrimination sur le sexe », (1998) 13 *Can. J.L. & Soc.* 29.

⁷⁸ C. GUILLAUMIN, préc., note 8, p. 185.

⁷⁹ J.W. SCOTT, préc., note 67, p. 9.

« personne », par contre, était limité à une certaine classe de sexe⁸⁰. Pour reprendre les mots de Scott, « [l']universalisme de la différence sexuelle a donc prévalu sur celui des droits naturels; en conséquence, l'individu abstrait n'a pas été neutre, mais indubitablement masculin⁸¹ ».

L'idée d'universalité et de différence sexuelle repose sur une forme de contradiction, qui se trouve même au cœur du mouvement féministe⁸². Ngaire Naffine constate qu'obtenir une personnalité juridique a nécessairement pour effet d'individualiser, relativement à l'exercice des droits et des devoirs. À l'inverse, constate-t-elle encore, le fait de se voir désigner légalement comme femme ou comme homme rattache les individus à d'autres en les classant dans cette dichotomie⁸³.

La contradiction se révèle double. Dans un premier temps, elle oppose une connaissance du sujet basée sur l'identité individuelle, incarnée par la personne juridique. Pour exister, celle-ci doit se distinguer de tout groupe social en vue d'affirmer son individualité à l'intérieur de la fiction juridique. À l'opposé, le droit positif reforme des groupes en déclarant des identités sexuelles obligatoires, fondées sur des différences présumées naturelles, qui divisent la société en deux catégories distinctes. Deux identités contraires s'observent chez le sujet de droit : la première, asexuée, est celle avec laquelle le sujet se distingue des autres membres de la société, en raison de différences personnelles; la seconde, sexuée, repose sur une identité commune fondée sur la division sexuelle.

⁸⁰ À titre d'exemple, voir la célèbre affaire *Edwards* où les juges ont dû se demander si le mot « personne » employé dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* incluait les femmes et les autorisait à devenir sénatrice : *In the Matter of a Reference as to the Meaning of the Word, Persons, in Section 24 of the British North America Act*, [1928] R.C.S. 276, et *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124.

⁸¹ J.W. SCOTT, préc., note 67, p. 10.

⁸² *Id.*, p. 20 : Scott soulève également une contradiction aux fondements du mouvement féministe, soit la « nécessité d'affirmer et de refuser à la fois la "différence sexuelle" ». Selon cette auteure, ce paradoxe est constitutif du mouvement lui-même et participe à son énergie militante.

⁸³ Ngaire NAFFINE, « Our Legal Lives as Men, Women and Persons », (2004) 24 *Legal Stud.* 621, 621.

Dans un second temps, il existe une opposition entre le sujet asexué de droit et les relents naturalistes derrière le sujet marqué par le sexe. Le droit considère les femmes et les hommes du point de vue de leurs différences, tout en affirmant leur égalité. Toutefois, les origines de ces différences ne sont pas expliquées par le législateur. En effet, le critère du sexe à l'intérieur de la législation n'est pas défini. Une telle absence suggère que le droit reconnaît des différences présociales. Le droit de l'État intègre des « observations naturelles » et les transforme en faits juridiques. Alors que la personne juridique asexuée repose sur la capacité du droit à créer une fiction caractéristique de la méthode juridique, la reconnaissance du sexe intègre une idéologie naturaliste⁸⁴ qui transcende ce pouvoir du droit de créer sa propre réalité. Cette idée de nature apparaît clairement à l'intérieur de la doctrine juridique. Voici une citation de Gérard Cornu sur les origines de la personne juridique parlante à cet égard : « Fondé sur la nature, sur la biologie, le droit civil répond ici aux exigences de la vie : c'est la vie qui réclame [...] d'être reconnue. Fort de sa conformité à la nature (au droit naturel), ce principe positif gouverne l'acquisition et la perte de la personnalité juridique⁸⁵. »

Le lien proposé entre la formation juridique du sexe et celui de la nature peut sembler en contradiction avec l'idée soutenue en introduction selon laquelle le droit est une pratique matérielle et, par conséquent, historicisée. Selon cette théorisation féministe, l'idée de « nature », retenue par le droit, est elle-même une construction idéologique et, par conséquent, se trouve éminemment dépendante du contexte historique dans lequel elle se forme. La conception de la « nature » ne repose donc pas sur une observation « objective » de « faits naturels », mais est elle-même le produit des rapports sociaux de sexe.

L'idéologie naturaliste, omniprésente dans nos sociétés, permet de poser l'existence de deux sexes différents. De telles différences permettraient de justifier la division sexuelle du travail et les violences sexuelles. Selon MacKinnon, il importe moins d'établir que ces différences

⁸⁴ *Id.*, 631.

⁸⁵ Gérard CORNU, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, coll. « Université nouvelle : Précis Domat », Paris, Éditions Montchrestien, 1980, p. 182.

sont sociales que d'insister sur la dimension essentielle du pouvoir à l'origine de cette division⁸⁶. L'idéologie naturaliste repose sur un raisonnement inverse de l'analyse féministe matérialiste et radicale. La première soutient que les inégalités sexuelles découlent des différences entre les femmes et les hommes, alors que la seconde explique ces inégalités comme des contradictions dues à la « division matérielle du pouvoir⁸⁷ » qui produisent les classes sexuelles. Cette critique radicale dénonce l'intégration de la conception naturaliste des sexes à l'intérieur de la structure juridique, qui a pour effet de rendre le droit inapte à comprendre la construction des sexes comme une relation de pouvoir. Les inégalités sexuelles en droit deviennent de l'ordre de fatalités naturelles, pour lesquelles le législateur ne peut qu'amoindrir les conséquences.

L'idée même de sexe obligatoire à l'intérieur du droit, calqué sur des observations dites naturelles, entre en conflit avec la prémisses de liberté à la base du sujet de droit. Comme le souligne Naffine, la personne en droit n'a pas le choix de porter un sexe ou non, pas plus qu'elle n'a le choix du sexe qu'elle porte. Cette détermination repose sur une décision médicale, intégrée au droit positif, et doit absolument être effectuée dans une logique dichotomique⁸⁸.

L'analyse féministe propose une explication au paradoxe du sexe en droit. Le sujet est toujours sexué, parfois explicitement en deux groupes sexuels, parfois implicitement en adoptant la posture du sexe dominant⁸⁹.

3.2.2 Le sexe, une catégorie « performative » en droit civil

Contrairement aux prétentions du législateur, l'analyse féministe suggère que la neutralité du genre masculin camoufle une personne sexuée en permanence. Sur ce point, Naffine résume bien le débat⁹⁰. Elle relève une tension constante entre la personnalité juridique et le sexe à l'intérieur du droit. À son avis, autant la personnalité juridique que le sexe sont des

⁸⁶ C.A. MacKinnon, préc., note 21, p. 58.

⁸⁷ *Id.*, p. 58 : nous traduisons ainsi l'expression « material division of power ».

⁸⁸ N. NAFFINE, préc., note 83, 633.

⁸⁹ M. DAVIES, préc., note 71, aux pages 34-36.

⁹⁰ N. NAFFINE, préc., note 83, 633.

concepts fondamentaux dans la théorie juridique. Cela signifie que la construction du sujet de droit se fait nécessairement autour de la question sexuelle. Une telle prise de position rompt avec l'orthodoxie en droit voulant que le sujet soit d'abord neutre pour ensuite devenir sexué de manière intermittente. Au contraire, pour cette autrice, les deux aspects sont interdépendants et le sexe est une constante en droit. Selon sa perspective critique, le sujet de droit est toujours sexué et il occupe une position homologue à celle de la classe des hommes. Le sujet de droit est « performé » par les normes de genre, comme l'explique Butler. Cette première conséquence suppose une remise en question de la prémisse selon laquelle la personne juridique ne serait sexuée qu'à certains moments précis et que les catégories de sexe ne seraient significatives que dans des relations précises. Le droit familial et la notion de mariage, longtemps fondés sur la relation hétérosexuelle, font alors figure d'exemples archétypaux où le sexe serait significatif, en opposition avec le droit commercial, où le sexe des personnes est présumé sans conséquence.

La relation existant entre la construction de la personne juridique et le patriarcat a comme seconde conséquence que les qualités attribuées au sujet de droit s'interprètent à partir du point de vue de la classe des hommes. La norme de genre « performe » à nouveau. Les femmes ne correspondent pas au sujet universel du droit, mais deviendraient plutôt des sujets partiels ou des sujets particuliers du droit civil. En d'autres termes, l'égalité et la liberté présumée en droit civil existent pour la classe des hommes et prennent leur forme actuelle en raison même du système d'exploitation de sexe. Cependant, la promotion par le droit étatique d'un accès possible à ces deux valeurs permet de masquer leur ancrage à l'intérieur des rapports sociaux de sexe.

À la lumière de cette analyse, le sujet de droit ne se limite plus à une description de la manière par laquelle le droit positif appréhende l'être humain. Il incarne aussi un mécanisme dépendant de la reproduction du système patriarcal et nécessaire à celle-ci. La section suivante expose plus précisément la manière dont la masculinité sous-jacente du sujet de droit participe à l'organisation du droit du logement, en déterminant les caractéristiques légitimes de la personne à loger à travers les catégories de « propriétaire » et de « locataire ».

4. Les catégories de « propriétaire » et de « locataire » comme performance du point de vue situé des hommes

Le cadre méthodologique et théorique ayant été présenté, j'examinerai à présent comment le point de vue de la classe des hommes situé en amont de la conception du sujet de droit a des répercussions directes sur la construction des catégories en droit civil, et ce, à travers l'exemple de celles de « propriétaire » et de « locataire ». Mon projet s'apparente à une « généalogie ». Le mot est ici emprunté à Butler, qui s'est elle-même inspirée de Foucault et de Nietzsche : « Faire une "généalogie" implique [...] de chercher à comprendre les enjeux politiques qu'il y a à désigner ces catégories [...] comme si elles étaient leurs propres *origine* et *cause* alors qu'elles sont en fait les *effets* d'institutions, de pratiques, de discours provenant de lieux multiples et diffus⁹¹. »

Faire la « généalogie » des catégories de « propriétaire » et de « locataire » qui structurent le système d'habitation permettra de mieux comprendre comment les rapports sociaux de sexe sont transversaux⁹² de la constitution de ces statuts juridiques et marquent le droit du logement, malgré ses apparences asexuées.

À l'intérieur du droit positif, les biens immeubles agissent comme des intermédiaires au cœur des relations entre individus à loger. Ce rapport aux biens permet de qualifier la personne à loger par le législateur. C'est par lui qu'il construit sa connaissance sur cette personne. À l'intérieur du Code civil, le rapport aux biens est établi par différentes modalités de détention, telles que la propriété, la copropriété ou la location, et devient relation entre personnes juridiques, par l'entremise du rapport contractuel. Dans la majorité des cas, la personne sera propriétaire ou locataire du bien habité. Par extension, ce rapport aux biens immeubles permettra de définir les relations entre les personnes à loger.

Mon regard critique sur ces deux catégories fondamentales du système d'habitation s'intéresse à la relation fictive et partielle qu'elles créent

⁹¹ J. BUTLER, préc., note 37 p. 53.

⁹² D. KERGOAT, préc., note 4, p. 103.

par l'entremise des contrats de vente et de location. En effet, et comme je le montrerai tout au long de cette section, les catégories de « propriétaire » et de « locataire » incarnent la personne à loger à partir de critères restreints, ce qui provoque à l'intérieur du droit positif une qualification juridique incomplète et insuffisante, du point de vue de la classe des femmes, notamment sur les enjeux de travail et de violence. Cette approche limitée du droit civil crée un écart entre le logement tel qu'il a été négocié et l'ensemble du phénomène social sur lequel il porte. L'écart en question prend un caractère sexiste, selon les éléments dont le droit tient compte et ceux qui resteront ignorés du législateur. Dans une perspective féministe matérialiste, ces choix ne sont pas le produit du hasard, mais se révèlent nécessaires pour assurer la reproduction du système patriarcal.

J'exposerai tout d'abord le fait que ces catégories reposent sur une division et une hiérarchisation entre les sexes. Dans le contexte de cette généalogie critique, cela signifie de s'intéresser à la manière dont le point de vue de la classe des hommes est transversal dans la conception juridique de ce que sont un ou une propriétaire et un ou une locataire. Ensuite, j'examinerai comment ces catégories « performant », au sens butlérien, le sujet visé par le droit du logement à l'intérieur du droit civil. La performance en question produit une homogénéisation du sujet de droit qui, à son tour, provoque une exclusion de certains groupes sociaux.

4.1 La division et la hiérarchie sexuelles dans les catégories du droit civil

Les résultats obtenus à propos de la sexualisation permanente du sujet de droit remettent en question la possible application universelle de certaines catégories, apparemment asexuées, notamment celles de « locataire » et de « propriétaire ». Par extension, et en fonction de la relation juridique ou du niveau de qualification, les personnes visées par ces catégories peuvent également être considérées comme des cocontractantes, des débitrices hypothécaires, des copropriétaires, des sous-locatrices, des vendeuses, des acheteuses, etc. J'utiliserai plus généralement les catégories « propriétaire » et « locataire » pour désigner cet ensemble de situations.

Pour Delphy⁹³, le processus de catégorisation est attaché aux rapports de pouvoir lorsqu'il divise et hiérarchise. En ce sens, les catégories sexuelles sont un moyen de diviser la société en deux groupes, mais surtout de les hiérarchiser. Selon Kergoat⁹⁴, la division sexuelle du travail est au cœur de ce principe de division des sexes. Elle justifie l'existence de travail d'hommes et de femmes, mais surtout la différence importante de valeur donnée à ces différents travaux et la hiérarchie qui en résulte. Socialement, certaines formes de travail seraient dévolues aux hommes, alors que d'autres appartiendraient aux femmes. Cette division répondrait aux « deux principes organisateurs⁹⁵ » qui sous-tendent la division sociale à l'intérieur des rapports de pouvoir : « le *principe de séparation* (il y a des travaux d'hommes et des travaux de femmes); le *principe hiérarchique* (un travail d'homme « vaut » plus qu'un travail de femme)⁹⁶ ». Les deux principes permettent de capter le rapport de domination créé par cette division du travail.

Cette division et cette hiérarchie se retrouvent-elles également dans le système d'habitation? La première réponse qui vient en tête est probablement que non. Tout le monde a besoin de se loger. Pourtant, et malgré les apparences universelles et neutres de la question du point de vue du sexe, un très bref examen statistique permet de constater qu'il existe d'importants écarts entre la manière de se loger et l'expérience vécue à domicile selon les classes de sexe. En résumé, les femmes souffrent de problèmes d'accès au logement, exécutent la majorité du travail domestique dans les maisons et sont fréquemment victimes de violences derrière les portes closes de leur logis. Des données tirées de recensements antérieurs⁹⁷ témoignent que les femmes doivent accorder une plus grande part de leur salaire au paiement du loyer, notamment en raison des différences salariales qui perdurent au Québec entre les sexes. Statistiquement, les femmes sont surreprésentées à l'intérieur de la catégorie des personnes qui souffrent de besoins impérieux en matière de logement, comme l'a comp-

⁹³ Chr. DELPHY, *L'ennemi principal 2 : Penser le genre*, préc., note 8, p. 9-10.

⁹⁴ D. KERGOAT, préc., note 4, p. 229.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Odile LÉGARÉ et Paul SÉNÉCAL, *Les femmes et le logement : un pas de plus vers l'égalité*, Québec, Société d'habitation du Québec, 2012.

tabilisé la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL)⁹⁸. De plus, le logement représente également un lieu de travail pour les femmes. En effet, nombre de personnes dépendent du travail des femmes pour assurer leur maintien à domicile⁹⁹. Les femmes effectuent la majorité du travail domestique, que ce soit comme « épouses¹⁰⁰ » du logis, en tant que « proches aidantes¹⁰¹ » ou à titre d'employées. Finalement, et malgré la presque totale absence de données statistiques sur la question, le domicile représente un lieu potentiel de violences « sexuées » pour les femmes, car c'est à la maison qu'elles sont le plus souvent tuées, harcelées, violées, menacées, etc.¹⁰² Ainsi, non seulement le critère du sexe est déterminant relativement à l'accès et à la qualité du logement, mais également il signifie que le fait d'appartenir à l'une ou l'autre des classes de sexe modifie le rapport à l'habitation. En d'autres termes, le logement qui devrait être un espace de paix et de repos représente pour plus de la moitié de la population québécoise un lieu dont l'accessibilité se révèle coûteuse et précaire, un lieu de travail gratuit et un lieu de violences potentielles.

⁹⁸ SOCIÉTÉ CANADIENNE D'HYPOTHÈQUES ET DE LOGEMENT, *L'Observateur du logement au Canada 2010*, en ligne : <<http://www.cmhc.ca/fr/inso/bi/index.cfm>> (PDF) (Consulté le 18 décembre 2017).

⁹⁹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *Répartition de la population de 25 à 54 ans, selon le nombre d'heures consacrées aux travaux ménagers, sans rémunération, selon le sexe, Québec, 2006*, Section : Environnement social et familial, Sous-section : Temps consacré aux travaux ménagers, en ligne : <<http://www.msss.gouv.qc.ca/statistiques/sante-bien-etre/index.php?Nombre-dheures-consacrees-aux-travaux-menagers-selon-le-sexe>> (Consulté le 24 septembre 2014).

¹⁰⁰ Cette expression est empruntée à une sociologue et économiste pour désigner les femmes qui occupent elles-mêmes le logis qu'elles entretiennent : Saskia SASSEN, « Mondialisation et géographie globale du travail », dans Jules FALQUET (dir.), *Le sexe de la mondialisation : genre, classe, race et nouvelle division du travail*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2010, p. 27, aux pages 37 à 38.

¹⁰¹ Cette expression est privilégiée à celle d'« aidantes naturelles » pour rompre avec l'idée que ces tâches reviennent naturellement aux femmes.

¹⁰² Pour les agressions à caractère sexuel exclusivement, les CALACS estiment que 87% de ces agressions ont lieu dans un domicile. Voir : Centre d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel (CALACS), *Statistiques compilées au sein des CALACS membres pour l'année 2014-2015*, en ligne : <<http://www.rqcalacs.qc.ca/statistiques.php>> (consulté le 19 juin 2019).

Je soumets ici que les catégories de « propriétaire » et de « locataire » participent à la reproduction et au maintien de ces écarts sexués. Bien évidemment, ces catégories reposent en grande partie sur le pouvoir étatique. Guillaumin, dans son ouvrage intitulé *L'idéologie raciste*¹⁰³, propose une critique du droit. En s'intéressant aux rapports de pouvoir racialisés et sexuels, elle démontre que des groupes sociaux aux apparences naturelles, tels que les femmes ou les personnes « racisées », sont en fait des « formations imaginaires » que le droit entérine : « En effet, le caractère naturel (la race, le sexe), étant catégorie légale, intervient dans les rapports sociaux comme trait contraignant et impératif¹⁰⁴. »

Il ne s'agit pas de dire que les catégories de « propriétaire » et de « locataire » sont des catégories naturelles, ni même qu'elles le deviennent à l'intérieur du droit civil, mais plutôt d'examiner la manière dont les catégories de sexe opèrent derrière ces figures du système d'habitation, leur façon d'entériner implicitement des caractéristiques naturalistes. À partir des critères établis de division sexuelle du travail et de violences sexuées, il importe de comprendre, dans un premier temps, en quoi la division sexuelle opère à l'intérieur même des catégories constituées par le droit civil. Autrement dit, comment ces catégories, en niant la différence sexuelle qu'elles supportent, participent-elles à leur donner de la légitimité? Dans un second temps, il faut saisir la manière dont cette division devient constitutive de l'organisation même du droit du logement, participant à l'établissement de la hiérarchie qui existe entre les sexes à l'intérieur des logis.

Ce lien se comprend avec la notion de « non-interdiction » que détaille Guillaumin : « L'appartenance au groupe dominant se marque au contraire juridiquement par la non-interdiction pratique, l'indéfinie possibilité. Expliquons-nous : légalement rien n'empêche un membre du groupe dominant [...] d'entrer dans la pratique des catégories dominées¹⁰⁵. »

¹⁰³ Colette GUILLAUMIN, *L'idéologie raciste : genèse et langage actuel*, coll. « Folio/essais 410 », Paris, Gallimard, 2002.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 350.

¹⁰⁵ C. GUILLAUMIN, préc., note 8, p. 192-193.

En d'autres termes, le dominant a toujours le choix d'accomplir les tâches qui incombent autrement au groupe dominé. Comme groupe social, les hommes peuvent choisir de faire le ménage sans être payés, mais les femmes n'ont pas cette marge de manœuvre. Les deux catégories fondamentales en droit civil reproduisent ces « non-interdictions », en ignorant un ensemble de facteurs nécessaires à la satisfaction du droit au logement. Ainsi, ni les propriétaires ni les locataires, dans le contexte du rapport contractuel légal, que ce soit dans un acte de vente ou un bail locatif, ne semblent devoir accomplir de tâches domestiques pour assurer le fait de vivre dans un domicile. À l'exception de l'article 1974.1 du Code civil¹⁰⁶, qui facilite la résiliation unilatérale des baux résidentiels pour les victimes de violences commises à domicile, leur sécurité ne paraît pas faire l'objet d'une menace systémique. Autrement dit, les catégories créées par le droit civil comme actrices du système d'habitation ont le choix ou non de faire du ménage. Elles ont aussi la capacité de ne pas se sentir menacées à domicile. Cette façon d'envisager le mode d'occupation des lieux correspond au point de vue du groupe dominant, celui qui profite de la division sexuelle du travail et qui a le pouvoir de violenter le corps des femmes. La division des tâches à accomplir pour l'entretien du logement ne fait pas partie de la négociation légale. Les membres du groupe dominant ont alors le choix ou non d'effectuer des tâches domestiques, mais pas les membres du groupe dominé. Ce travail peut aussi être repoussé sur d'autres travailleuses domestiques, généralement « racisées », mais qui sont quand même majoritairement des femmes¹⁰⁷. Les propriétaires et les locataires, comme figures juridiques, bénéficient de non-interdictions. Les rapports sociaux de sexe deviennent alors constitutifs de catégories fondamentales en droit civil.

4.2 « Performer » des catégories homogènes et d'exclusion

Il vient d'être démontré comment les statuts de « propriétaire » et de « locataire » sont construits de manière à bénéficier de la division

¹⁰⁶ Pour une analyse introductive féministe de l'article 1974.1, voir Marie-Neige LAPERRIÈRE, « Perspective féministe sur l'article 1974.1 du Code civil du Québec. Une protection efficace dans la vie des femmes locataires victimes de violences? », (2018) *Revue canadienne de droit et société* 33, 41.

¹⁰⁷ S. SASSEN, préc., note 100, aux pages 37-38.

sexuelle du travail et personnifient un individu à l'abri des violences sexuelles. Autrement dit, le sexe sous-jacent du sujet de droit est constitutif des catégories créées par le rapport contractuel pour structurer le droit du logement en droit civil.

Or, ces catégories ont également un effet homogénéisant et d'exclusion. Le droit, comme pratique étatique légitime, « performe » à partir des normes de genre une certaine réalité qui, sans capter l'ensemble du phénomène social, en occupe, dans certains domaines, un monopole descriptif. À titre d'exemple, en matière de logement, le ou la propriétaire et le ou la locataire prennent des allures ontologiques de la personne à loger, alors que ces deux statuts sont le produit d'une certaine pratique juridique. Le droit devient alors le référent pour décrire le phénomène social qu'est le logement. Une telle description de la réalité sociale par le juridique définit les possibles dans les limites de la légalité. En établissant les paramètres par lesquels l'individu à loger existe dans le système d'habitation, le droit décrit les moyens légitimes pour se loger et fabrique également les pôles de revendications.

Dans une perspective féministe, cela signifie que, en entérinant le point de vue de la classe des hommes à l'intérieur de deux catégories fondatrices en droit civil, ce point de vue devient universel et provoque, par conséquent, une exclusion de ce qui lui est différent. Le pouvoir en question donne à la classe des hommes la capacité d'ignorer tout le travail domestique nécessaire pour assurer le droit au logement, de même que la capacité de relayer à des problèmes personnels et individuels les atteintes à la sécurité physique et psychologique. Ce point de vue dominant détermine quels sont les critères légitimes à prendre en considération pour appuyer les relations juridiques à l'intérieur du système d'habitation.

Le concept d'homogénéisation signifie que les catégories de « propriétaire » et de « locataire » reposent sur un point de vue mâle. L'imposition de ce dernier a comme effet de diviser et de hiérarchiser les personnes à loger : celles qui bénéficient de ce système et celles qui sont différentes, parce que leur position de classe ne cadre pas avec la figure dominante de l'individu à loger. L'expérience collective d'exploitation constitutive de la catégorie « femmes » se trouve alors réduite à des pro-

blèmes individuels. Ils seront traités comme des besoins particuliers par rapport à la figure dominante et exigeront, par conséquent, des modifications législatives ponctuelles ou encore des programmes spécifiques. Les femmes, en tant que groupe social, deviennent alors exclues de la conception même de ce que sont *un* propriétaire et *un* locataire. Leur réalité, soit celle d'être la principale main-d'œuvre à domicile et de subir des violences à la maison, est étrangère au statut juridique qu'elles occupent à l'intérieur du système d'habitation. En ce sens, les catégories de « propriétaire » et de « locataire » excluent d'emblée la réalité empirique de la classe des femmes, relativement à la satisfaction de leur droit au logement.

Conclusion

L'essai théorique féministe qui précède se veut une contribution à la pensée critique du droit, et ce, dans un domaine trop rarement exploré, soit le droit civil. Afin d'encourager cette recherche critique, j'ai suggéré certains outils analytiques et méthodologiques et rendu compte de leur application en droit civil.

En deux mots, j'ai appliqué dans mon texte le raisonnement suivant : à partir de la théorie du point de vue situé et d'une compréhension de l'effet performatif des normes de genre sur le droit étatique, ainsi que du pouvoir performatif du droit lui-même sur la société, j'ai proposé une méthodologie nouvelle pour analyser et critiquer le droit civil. Afin d'illustrer une application de ces idées, j'ai ensuite démontré que le sujet de droit porte en permanence un sexe mâle caché, en raison du point de vue de la classe des hommes sous-jacente à sa construction. Cette sexualisation implicite du sujet laisse des traces sur les catégories du droit civil, telles que celles de « propriétaire » et de « locataire », et devient une piste d'explication pour comprendre les mécanismes propres au droit civil dans la reproduction des écarts sexuels en matière d'habitation. Elle suggère en outre que, pour obtenir des changements concrets dans l'habitation, il ne suffira pas d'adopter des modifications mineures, mais bien de repenser entièrement les outils actuellement privilégiés par le droit civil.

Ma proposition méthodologique n'est pas une fin en soi. Elle représente une invitation à d'autres pensées critiques, notamment pour des

réflexions sur les oppressions nombreuses et répétées que subissent les peuples autochtones et les autres groupes « racisés » au Québec, entre autres dans l'habitation. À mon avis, le droit civil, en raison de son caractère fondamental dans le système législatif québécois, mérite une attention accrue de la part de la théorie critique du droit, dans l'espoir de changer les choses.

LISTE DES LIVRES REÇUS

- Catherine PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, 348 p.
- Hugues PARENT, *Traité de droit criminel / L'imputabilité et les moyens de défense*, t. I, 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2019, 1059 p.
- Pierre RAINVILLE, *La répression de l'art et l'art de la répression*, Québec, PUL, 2019, 116 p.
- Annick PROVENCHER et Philippe DUPUIS, *Aspects juridiques de la fiscalité canadienne des particuliers*, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 829 p.
- Marc CHEVRIER, *L'empire en marche / Des peuples sans qualités, de Vienne à Ottawa*, Québec, PUL, 2019, 635 p.
- Brigitte RACINE, *La protection conférée à l'accréditation en cas de soustraitance : analyse jurisprudentielle*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, 129 p.
- Sous la direction de Ysolde GENDREAU, *Le droit d'auteur en action : perspectives internationales sur le recours / Copyright in Action: International Perspectives on Remedies / El Derecho de Autor en Acción: Perspectivas Internacionales sobre los Medios de Protección*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, 476 p.
- Yan CAMPAGNOLO, *Le secret ministériel / Théorie et pratique*, Québec, PUL, 2020, 391 p.
- Sous la direction de Brigitte LEFEBVRE et Benoît MOORE, *Les grandes valeurs*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, 248 p.

DEUXIÈME CYCLE EN DROIT



Des formations de pointe.
Un environnement remarquable.
Un équilibre parfait.

- Common law et droit transnational
- Droit et politiques de la santé
- Droit international et politique internationale appliqués
- Droit notarial
- Maîtrise de type recherche
- Pratique du droit criminel et pénal
- Prévention et règlement des différends

USherbrooke.ca/droit-deuxieme-cycle

COLLECTION HABILITÉS PROFESSIONNELLES

Thomas A. MAUET, Jacques BELLEMARE, Michel JOLIN, Robert MONETTE et Michael SHEEHAN, *Techniques de plaidoirie*, 1986.

COLLECTION MONOGRAPHIES JURIDIQUES

Pierre LEMIEUX, *Droit administratif - doctrine et jurisprudence*, 7^e édition, 2018.

Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 4^e édition, 2015.

Louis MARQUIS, *Droit de la prévention et du règlement des différends (PRD)/Principes et fondements*, 2015.

David GILLES, *Essais d'Histoire du droit / De la Nouvelle-France à la Province de Québec*, 2014.

Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, 2011.

Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes / Éléments pour une théorie de la gouvernance*, 2009.

HORS COLLECTION

Sous la direction de Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, *La norme juridique « reformatée » / Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, 2016.

Sous la direction de Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, Lara KHOURY et Jean-Christophe SAINT-PAU, *L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale/Regards franco-québécois*, 2015.

Jacques J. ANCTIL, *Le Code de procédure civile en tableaux/Livres I, II, III*, 2015.

Jacques J. ANCTIL, *Le Code de procédure civile en tableaux/Livres IV, V, VI*, 2015.

Jacques J. ANCTIL, *Le Code de procédure civile en tableaux/Livres VII, VIII et dispositions modificatives et finales*, 2015.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke /Résister : droit & subversion*, 2015.

Sous la direction de Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec / « Approche différente » et « accès à la justice civile »?*, 2014.

Sous la direction de Marie-France BUREAU et Mathieu DEVINAT, *Les livres du Code civil du Québec*, 2014.

Edited by Marie-Pierre ROBERT, David KOUSSENS and Stéphane BERNATCHEZ, *Of Crime and Religion: Polygamy in Canadian Law*, 2014.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke /La neutralité le droit*, 2013.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke /Les sentiments et le droit*, 2012.

Sous la direction de Louise LALONDE, *Le droit, vecteur de la gouvernance en santé? Défis théoriques et enjeux pratiques de l'accès aux soins de la santé*, 2012.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke /Les pratiques, sources de normativité?* 2011.

Sous la direction de Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, 2011.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke /La vulnérabilité et le droit*, 2010.

Sous la direction de Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke /La parole et le droit*, 2009.

Sous la direction de Marie-France BUREAU, *Sexualité et démocratie : perspectives multidisciplinaires francophones*, 2009.

Sous la direction de Lorraine DEROCHER, Claude GÉLINAS, Sébastien LEBEL-GRENIER et Pierre NOËL, *L'asile religieux /Giving Sanctuary to Illegal Immigrants*, 2009.

Sous la direction de Louise LALONDE, France JUTRAS, André LACROIX et Johane PATENAUDE, *Mélanges Georges A. Legault*, 2008.

LES ÉDITIONS REVUE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

editions.droit@USherbrooke.ca